ANEXO DE LECTURAS

CURSO "TEORIA GENERAL DEL PROCESO"

II NIVEL DE LA MAGISTRATURA

UNIDAD I: TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA

LECTURA OBLIGATORIA

OVALLE FAVELA, José. Teoría General de la Prueba, 273-302. 28/03/2016, De http://www.juridicas.unam.mx Base de datos.

PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el papel que representa la teoría general del proceso en las diferentes disciplinas procesales?
2. ¿Cuál es el fin de la teoría general de la prueba?
3. ¿Cuál es la diferencia de verdad formal y verdad material?
4. ¿Qué es el derecho probatorio?

LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

Por José OVALLE FAVELA

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM

"...el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba".

Francesco Carnelutti[1]

SUMARIO: 1. La unidad esencial del Derecho procesal. 2. La Teoría General del Proceso. 3. La Teoría General de la Prueba. 4. El Derecho Probatorio. 5. El contenido de la Teoría General de la Prueba. 6. Conclusiones.

1. *La unidad esencial del Derecho procesal*

Uno de los temas que más interesan al Derecho Procesal es, precisamente, el de su unidad o de su diversidad. Puede afirmarse que la tesis de la unidad viene siendo mayormente aceptada en la medida en que se desarrolla el procesalismo; al contrario, la subsistencia de la tesis diversificadora, implica una supervivencia de anacrónicos residuos del procedimentalismo. Sin embargo, el problema no debe plantearse en forma tan sencilla, pues requiere de ciertas aclaraciones, sobre todo en lo relativo al alcance de tal unidad.

La visión unitaria del Derecho procesal nos la expresa claramente Eduardo B. Carlos, cuando afirma: "La ciencia del derecho procesal estudia el conjunto de normas que regulan el proceso, por cuyo medio el Estado, ejercitando la función jurisdiccional, *asegura, declara y realiza* el derecho".[2] Sin embargo, esta unidad del Derecho Procesal no implica una identificación total, a tal grado que las confunda, de las diversas disciplinas procesales. El propio profesor argentino en cita, señala que el derecho procesal "constituye un tronco común el que a

[1] *La prueba civil*, trad. de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1955, p. XVIII.

[2] CARLOS, Eduardo B., *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Europea-América, Buenos Aires, 1959, p. 29.

cierta altura se diversifica en ramas particulares"; esto no niega, sino, por el contrario, afirma la existencia de "una base conceptual común que sirva a todas las ramas procesales en particular".[3]

El proceso tiene una estructura esencialmente igual en todas las disciplinas procesales: "Todo proceso, afirma Alcalá-Zamora, arranca de un presupuesto (litigio), se desenvuelve a lo largo de un recorrido (procedimiento) y persigue alcanzar una meta (sentencia), de la que cabe derive un complemento (ejecución)".[4]

Todo Derecho Procesal particular parte de la existencia del proceso, como instrumento jurídico de solución a los conflictos intersubjetivos; de la acción, como derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de las partes para excitar la actividad del juzgador; y, por último, de la jurisdicción, como facultad estatal de decisión de un conflicto concreto planteado. La precisión de estos tres conceptos, a los que Podetti ha llamado la "trilogía estructural de la ciencia del proceso",[5] es una de las tareas más importantes del moderno procesalismo, ya que sobre ellos se asienta ese tronco común de las disciplinas procesales, sin perjuicio de que existan además otras materias básicas, dentro de las cuales, por ejemplo, Alcalá-Zamora señala los actos procesales, *la prueba* y los recursos, que "brindan, singularmente, amplio margen para esta tarea unificadora..."[6]

La concepción unitaria de la ciencia y del derecho procesal, como ya quedó dicho, no implica que se nieguen las modalidades o caracteres propios que singularizan a cada uno de los procesos. "Las diferencias que los diversos procesos acusan entre sí y que imponen su necesaria desmembración en ramas (civil, penal, etc.), señala Eduardo B. Carlos, están dadas principalmente por la distinta naturaleza de las normas de derecho material (públicas o privadas) que el órgano jurisdiccional aplica en la sentencia. Pero la función judicial que se realiza por y sólo a través del proceso, consistente en la actuación del derecho objetivo, es siempre la misma e idéntica cualquiera que sea la norma jurídica de cuya aplicación se trate".[7]

En cuanto a los sostenedores de la diversidad del Derecho Procesal, Fix Zamudio[8] precisa muy bien la posición de éstos, cuando señala que al afirmar la diversidad entre los procesos civil y penal, tal como

[3] CARLOS, *ob. cit.*, pp. 42 y 43.
[4] ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Nº 1 de 1968, p. 30.
[5] PODETTI, José Ramiro, *Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso*, en "Revista de Derecho Procesal", Argentina, 1948, pp. 115 y ss.
[6] ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Veinticinco Años de Evolución del Derecho Procesal*, 1940-1965, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, México, 1968, p. 143.
[7] CARLOS, *ob. cit.*, p. 281.
[8] FIX ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, México, 1964, p. 12.

lo hacen Eugenio Florián [9] y Vicente Manzini,[10] hablan más bien de la autonomía del proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, sin contradecir la unidad del Derecho Procesal; y, por el contrario, "toman de esta disciplina genérica las teorías fundamentales ideadas para explicar la naturaleza y los fines del proceso". Por lo cual, el debate no se encuentra centrado en la unidad o diversidad del Derecho Procesal, sino más bien proviene de una confusión terminológica.

Si bien existen diversos procesos en función del derecho material que cada uno aplica,[11] aún es mayor la diversidad de los procedimientos, que no son sino los diferentes desarrollos formales de los procesos. Este recorrido externo del proceso puede variar en uno solo de éstos (por ejemplo, puede ser oral, escrito, sumario y ordinario, etc.) o bien, un solo tipo de proceso puede comprender varios procedimientos (por ejemplo, los procedimientos de conocimiento y ejecución). Por todo ello, pensamos que es completamente aceptable la conclusión a la que, sobre el tema que estamos tratando, llega el destacado profesor de Derecho Procesal Constitucional de nuestra Facultad de Derecho: *Unidad del Derecho Procesal, diversidad del proceso y multiplicidad del procedimiento*".[12]

Unidad esencial del Derecho Procesal con los alcances ya precisados, que permite la existencia de otras disciplinas procesales, autónomas en cuanto a las peculiaridades y regímenes especiales de los procesos que estudian y respecto de las demás disciplinas, pero unidas por un tronco común que es base y sostén de todas las ramas procesales; diversidad de procesos, fundamentalmente en razón de la índole del derecho sustantivo que aplican; y multiplicidad de procedimientos ya que éstos no son sino el desarrollo formal y externo del proceso, que toma en cuenta multitud de circunstancias; de ahí que exista una gran variedad de procedimientos.

2. *La Teoría General del Proceso*

Este tronco común constituido por los principios fundamentales del Derecho Procesal, es el que ha dado base a la construcción y desarrollo de la Teoría General del Proceso. Si bien cada disciplina procesal se ve influida, como ya quedó anotado arriba, por la naturaleza del derecho material que aplica, dicha influencia no impide esta construc-

9 FLORIÁN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1933, pp. 20 y ss.

10 MANZINI, Vicente, *Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano*, Torino, 1924, v. I, p. 29.

11 Esta influencia del derecho sustantivo determina las peculiaridades propias de cada proceso, que Fix Zamudio, siguiendo a Millar y Couture, denomina "principios formativos". Cfr. FIX ZAMUDIO, *ob.* y *loc. cits.*

12 FIX ZAMUDIO, *ob. cit.*, p. 13.

ción básica de los procesos: "Todos los procesos —afirma Gómez Lara— se rigen por esos mismos principios fundamentales, independientemente del contenido del litigio o controversia respectivos, y esos principios fundamentales no son otros que los que da la teoría general del proceso".[13] Es decir, la influencia del derecho sustantivo no varía la naturaleza de los principios fundamentales del Derecho procesal.

La evolución histórica de los estudios procesales, que en mucho ha dependido del desarrollo de la doctrina que señala la autonomía de la acción, ha ido alcanzando cada vez una mayor sistematización, uno de cuyos logros actuales es precisamente la Teoría General del proceso. Alcalá-Zamora la conceptúa como "la exposición de los concepos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento".[14] De manera similar, Teitelbaum considera que "la 'Teoría General del Proceso' la constituyen determinados conceptos, fundamentos y principios generales que regulan el proceso, en su estructura y desarrollo, contenidos expresa o implícitamente en el Derecho Procesal".[15]

En cuanto a su aspecto académico, Flores García, al advertir la paradoja consistente en el avance científico alcanzado hasta nuestros días por el Derecho Procesal y el mantenimiento de los antiguos métodos de su enseñanza, anota: "Una de las pocas manifestaciones progresistas que en este sentido puede señalarse, es la Teoría General del Proceso, que, en primer lugar, consolida la irreversible marcha del procedimentalismo hacia el procesalismo, y, que después, proporciona al estudiante una visión más completa, una panorámica con mayor sistemática y un contenido que, captado, retenido y aplicado, tendrá una proyección más útil y funcional, no sólo desde el ángulo personal, sino social".[16] Es decir, esa visión más completa del Derecho Procesal, a la vez que permita la comprensión de los conceptos, instituciones y principios de que nos habla Alcalá-Zamora, en su verdadero alcance, evitará la confusión que produce la creencia de que, al repetir estos temas en las diversas disciplinas del proceso, se hace una transposición de nociones que corresponden al Derecho Procesal Civil, a aquéllas.

Entre otras ventajas de la Teoría General del Proceso, además de las ya señaladas, existe la de índole legislativa, al permitir, en razón

[13] GÓMEZ LARA, Cipriano, *La Prueba en el Derecho Mexicano del Trabajo*, en "Tercer Congreso Mexicano de Derecho Procesal", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, 1969, p. 69.

[14] ALCALÁ-ZAMORA, *La teoría general del proceso, cit.*, p. 11.

[15] TEITELBAUM, Jaime W., *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista Iberoamericana del Derecho Procesal", año 1968, núm. 1, p. 149.

[16] FLORES GARCÍA, Fernando, *Sobre la Teoría General del Proceso*, en "Jurídica" (Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana), T. I, núm. 1, julio de 1969, p. 112.

de su sistematización, el avance hacia la unificación legislativa de las disposiciones comunes a los diferentes tipos de proceso.[17]

La Teoría General del Proceso proporciona, pues, con su concepción unitaria del Derecho Procesal, una visión más completa de los conceptos, instituciones y principios que son comunes a las diversas ramas procesales. El estudio y la investigación procesales no deben diluirse exclusivamente en disciplinas particulares, porque esto propicia la repetición de las mismas nociones y principios en cada una; la asignación de campos de operación muy restringidos, y a menudo distintos, a conceptos que pueden aplicarse a todo tipo de proceso; y, por último, también propicia una investigación desproporcionada, cerrada, sin ubicación y hasta con resultados en ocasiones aparentemente contradictorios. Por eso estamos de acuerdo con Alcalá-Zamora, cuando escribe: "... el que se aísla en la contemplación de un territorio exiguo, además de exagerar a menudo su importancia, convirtiéndolo en ombligo del mundo, olvida la visión de conjunto y, con ella, la semejanzas e incluso identidades que presenta con campos colindantes".[18]

El esfuerzo por extraer y delimitar los diversos conceptos, instituciones y principios comunes, por otra parte, no debe ser motivo para alejarse del objeto a estudiar y entrar en disquisiciones innecesarias, en lucubraciones estériles que luego resultan inaplicables. Todo esfuerzo intelectual debe encaminarse directa o indirectamente a un fin realizable, que satisfaga verdaderos intereses sociales y contribuya de alguna manera a la solución de uno o varios problemas planteados. Así, el estudio del Derecho Procesal responde, sin lugar a dudas, a exigencias sociales, fundamentalmente a lograr una mayor fluidez, eficacia y justicia, dentro del marco jurídico existente, en la solución de los conflictos intersubjetivos que se realiza a través del proceso. De otra forma, la elaboración doctrinaria de conceptos y la investigación de principios instituciones carecería de sentido.

De este modo, pues, el procesalista ha de buscar un equilibrio entre la sistematización doctrinaria y la atención a los problemas concretos que el objeto de su estudio presenta en la realidad. Ya lo decía don José Castillo Larrañaga: "Apartar la mirada de la realidad puede conducirlo al logicismo procesal, o sea, a especulaciones vacías; pero limitar el objeto de esta disciplina a un cuerpo de normas positivas, lo llevaría a formular una exégesis sin contenido científico".[19]

17 ALCALÁ-ZAMORA, *Veinticinco años de evolución, cit.*, p. 143, habla incluso de un código procesal único. Véase también: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Unificación de los Códigos Procesales Mexicanos, tanto Civiles como Penales*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. X, enero-diciembre de 1960, Núms. 37-38-39-40,

18 ALCALÁ-ZAMORA, *La Teoría General del Proceso, cit.*, p. 10.

19 CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Discurso Inaugural* al "Curso Colectivo acerca del Anteproyecto de Código Procesal Civil para el Distrito Federal", en "Revista de la

Sobre el peligro de la dogmática advertía Carnelutti cuando afirmaba que aquél consiste en "que se haga del mundo de los conceptos, más bien que del mundo de las cosas, el objeto del conocimiento". En seguida agregaba, con palabras que son producto de su amplia y fecunda experiencia docente: "No existe para nosotros, maestros del Derecho, un peligro más insidioso, precisamente porque no son más que conceptos los mandatos, o, si queremos, las normas jurídicas. Cuando establecemos estas últimas como lo que debemos hacer conocer, acabamos por confundir el mundo de los conceptos con el mundo de las cosas. Éste es el punto acerca del cual me tengo que separar de Filippo Grispigni... Él considera las normas jurídicas como aquello sobre lo que trabajaba; yo, como aquello con lo que trabajo. Sus libros más recientes han dado la medida de un ingenio extraordinariamente sutil y de una cultura increíblemente vasta; pero, al mismo tiempo, la impresión de un astrónomo enamorado del telescopio, en lugar de estarlo de las estrellas, que brillan en el inmenso cielo..."[20]

Estas palabras, que deberían estar grabadas en la mente de todos los docentes del Derecho, tienen una especial aplicación en el ámbito de la Teoría General del Proceso, pues su contenido podría propiciar el peligro que certeramente el maestro italiano advierte. Con estas aclaraciones, la Teoría General del Proceso desempeñará un papel relevante en las diversas disciplinas procesales, esclareciendo y sistematizando los conceptos y principios generales, indispensables a los diversos procesos, a fin de que éstos puedan desarrollar con mayor eficacia sus funciones.

3. *La Teoría General de la Prueba*

Los autores también se han preguntado si, como ocurre en el Derecho Procesal en general, hay una unidad esencial en la prueba —lo que permitiría hablar de una Teoría General de la Prueba; o si, por el contrario, tal unidad no existe —lo que impediría tal supuesto.

En esta forma, el maestro Alcalá-Zamora,[21] luego de explicar cómo brotó la discusión sobre el tema entre Florián (tesis dualista) y Carnelutti (posición unitaria), afirma que ésta no es sino un reflejo del problema de la unidad o diversidad del Derecho Procesal. Sintetizando dicho debate, el profesor hispano señala que las divergencias se buscan por tres lados: "a) utilización preferente de tal o cual medio de prue-

Escuela Nacional de Jurisprudencia", Tomo XII, julio-diciembre de 1950, Núms. 47-48, p. 17.

[20] CARNELUTTI, Francesco, *La lucha del Derecho contra el mal*, publicado en el libro de Miguel Fenech, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Barcelona, 1961, v. I, p. 17.

[21] *Introducción al estudio de la prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", Concepción, Chile, 1965, pp. 115 y 116.

ba; b) criterio valorativo y c) ordenación procedimental. La utilización preferente, además de obedecer a consideraciones de derecho substantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto, refleja tan sólo una tendencia, pero en manera alguna entraña una regla absoluta, según revela el hecho de que los códigos procesales civiles se ocupen de la prueba testifical y, a la inversa, los de enjuiciamiento criminal de los documentos. Por lo que concierne a la apreciación, el régimen de la prueba legal o tasada presenta los mismos rasgos sea cual fuere la zona en que se aplique, y otro tanto acontece con el de libre convicción, que, además, por su propia índole, escapa a toda normación jurídica y se contenta con remitirse a la conciencia judicial, y con el de sana crítica, que opera por igual respecto de toda suerte de contiendas. En cuanto a las discrepancias procedimentales, la circunstancia de que, verbigracia, tal o cual trámite referente a la recepción del testimonio o de la pericia en materia civil sea distinto de los seguidos en la esfera penal, no destruye la unidad esencial de uno y otra en ambos campos procesales".

Por su parte, Devis Echandía piensa que "nada se opone a una teoría general de la prueba, siempre que en ella se distingan aquellos puntos que por política legislativa, ya no por razón de naturaleza o función, están o pueden estar regulados de diferente manera en uno u otro proceso". "Existe, pues —concluye el procesalista colombiano—, una unidad general de la institución de la prueba judicial".[22]

Para los dos autores citados hay una unidad en el fenómeno probatorio, por lo que es dable hablar de una Teoría General de la Prueba. Como señala acertadamente Alcalá-Zamora, en el fondo lo que se discute, al hablar de la unidad o diversidad de la prueba, es, precisamente, la unidad o diversidad del Derecho Procesal, tema que ya tratamos previamente al de la Teoría General del Proceso, y que es punto de partida de ésta, así como de la Teoría General de la Prueba.

En relación a esta última, Alsina[23] contempla un aspecto distinto, como lo es el de la composición de la prueba, para destacar su importancia. El autor argentino se expresa en los siguientes términos: "... el conocimiento del juez no se forma, por lo regular, a través de un solo medio de prueba, sino que es consecuencia de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes le suministran. Una teoría general de la prueba permite establecer el modo como el juez va adquiriendo conocimiento de las cosas; explica la formación lógica de los distintos medios de prueba, y la vinculación que entre ellos existe, base de la

22 DEVIS ECHANDIA, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Edit. Temis, Bogotá, 1967. t.v., p. 28.

23 *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar. Edits., Buenos Aires, 1961, t. III, p. 227.

prueba compuesta; suministra, por último, el criterio para la valoración de la prueba en la sentencia".

Silva Melero [24] considera como principales diferencias entre el régimen probatorio penal y el civil, el hecho de que en el primero existan dos fases perfectamente diferenciadas (la instruccional o sumarial y la del juicio oral), en el Derecho español vigente, y la pretendida distinción que mantienen los cultivadores del Derecho Procesal entre la verdad real, como perteneciente a su rama, y la verdad formal, como correspondiente en el proceso civil. De lo primero afirma que la prueba en su sentido procesal sólo tiene lugar en la fase del juicio oral, pues en la fase sumarial, se trata en realidad de una actividad preparatoria, que no por eso deja de tener importancia y trascendencia, pero que no puede servir como término de comparación con el proceso civil. Pero puede agregarse que, como bien ha precisado Alcalá-Zamora, las diferencias procedimentales para nada afectan la unidad esencial de la prueba.

En cuanto a la distinción entre verdad formal y verdad material, si bien tradicionalmente se ha referido la primera al proceso civil y la segunda al penal, esa distinción o, mejor dicho, esa división carece de una justificación sólida y no tiene por qué subsistir. Cualquier tipo de proceso debe procurar que el cercioramiento del juzgador corresponda realmente a la verdad; lo contrario es imponer expresas limitaciones al juez en su función. En este sentido, estamos de acuerdo con Devis Echandía cuando afirma: "... la verdad es sólo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla: en ambos procesos el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza o el convencimiento de la existencia o inexistencia de los hechos, lo cual puede coincidir o no con la realidad, aun cuando sin duda es más posible el error en un sistema de tarifa legal y sin facultades inquisitivas del juez". El propio autor agrega: "En los países que conservan estas caducas limitaciones del proceso civil... ... sólo puede hablarse correctamente de que el convencimiento del juez se obtiene de manera formal y sobre el material suministrado por las partes que puede ser incompleto, en oposición a lo que ocurre en el proceso penal, que le permite llegar a un convencimiento subjetivo y real; pero es ilógico e injurídico hablar de verdad formal o real".[25]

Ya anteriormente, Furno[26] había criticado el empleo de estos dos términos, que en el fondo no se refieren sino a la certeza que se obtiene en el proceso. Por verdad material —escribía el autor italiano— se entiende la certeza histórica adquirida en el proceso a través de uno o

[24] SILVA MELERO, Valentín, *La Prueba Procesal*, t. I. (Teoría General), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 46 y 48.

[25] DEVIS ECHANDIA, *Ob. cit.*, T. V., pp. 29 y 30.

[26] FURNO, Carlo, *Contributo alla Teoria della Prova Legale*, CEDAM, Padova, 1940, pp. 20 y 21.

varios medios de prueba, cuyo resultado debe ser apreciado por el juez con absoluta libertad de criterio, sea que las partes faciliten el material probatorio o que el propio juez supla con su iniciativa las lagunas de la instrucción. Por el contrario, por verdad formal se entiende la certeza obtenida en el proceso, no por medio de una crítica libremente ejercida sobre los resultados de la prueba por el órgano jurisdiccional, sino en virtud de un sistema legal de fijación definitiva de los hechos, es decir, en virtud de un sistema de normas imperativas, las cuales, supliendo la libertad judicial de valoración, vinculan al juzgador a tener por ciertos los hechos demostrados, en el modo y forma correspondiente a la hipótesis prevista en abstracto por aquellas normas.

Con base en esta aclaración, el mencionado autor proponía que la expresión "verdad material" fuera sustituida por "certeza histórica judicial" y "verdad formal" por "certeza histórica legal", de tal modo que la distinción primeramente fundada en la "cualidad de la verdad" (material, formal) pase a designar simplemente "el modo" (judicial, legal) como la misma certeza histórica puede ser obtenida en el proceso.

Esta substitución nos parece correcta, ya que, en primer lugar, evita las complicaciones y mistificaciones que el empleo de dos verdades distintas trae consigo, y, en segundo término, centra perfectamente las diferencias en la forma de obtener la certeza histórica en el proceso, y no, como erróneamente se venía sosteniendo, en los tipos de "verdad" conseguidos.

El propio Silva Melero explica que esa terminología era corriente, especialmente en Alemania, en la época del renacimiento de los estudios procesales, y sin que, por otra parte, pueda decirse que haya caído en desuso totalmente, sobre todo para los procesalistas de la rama punitiva, a pesar de haberse observado que contraponer la verdad formal a la materia no era más que un juego de palabras. En forma convincente, concluye dicho autor: "Si, como escribe Carnelutti, 'la verdad es como el agua, o es pura o no es verdad',[27] no es ciertamente ésta la que trata de afirmarse en el proceso, porque la llamada verdad material se refiere a hechos ocurridos en el pasado, y no cabe identificarla ni con la verdad absoluta ni con la certeza matemática y hay que reducirlos prácticamente a la proposición modesta de la certeza empírica".[28]

Sin dejar de reconocer la existencia de peculiaridades en cada régime probatorio, Silva Melero concluye diciendo que cabe "mantener una unidad fundamental en ambos tipos de procesos en lo que afecta a la prueba, ya que tanto en el civil como en el penal, se trata de convencer al juez de la verdad o falsedad de los hechos que han de servir de base a la aplicación de la norma jurídica pertinente, y tanto da

[27] *La prueba civil, cit.*, p. 25.
[28] SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 38.

que se emplee la expresión de "valoración conforme a conciencia" del proceso penal, como de "la sana crítica", de los artículos 609-632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque, sin duda, la conciencia del juzgador tampoco puede estar ausente en este tipo de proceso".[29] No es que precisamente no tenga relevancia el sistema de apreciación en orden a la prueba, sino que la adopción de uno u otro, varía por razones de política legislativa e incluso de evolución de las instituciones probatorias, mas esto no viene a fijar diferencias esenciales que imposibiliten el tratamiento unitario de la prueba, pues —con mayor razón— permite un análisis comparativo de los diversos sistemas de apreciación probatoria, su evolución en el derecho —tanto histórico como vigente— y un balance de sus conveniencias e inconveniencias.

Por esto tiene razón Sentís Melendo cuando afirma que "se comete un tremendo error cuando se habla de *pruebas civiles* y de *pruebas penales* como cosas totalmente distintas; a lo sumo podrá hablarse de especies de un mismo género; y esto puede aplicarse a la distinción entre proceso civil y proceso penal. La función de juzgar es siempre la misma...".[30]

El profesor de la Universidad de La Plata nos proporciona un enfoque distinto para hablar de una Teoría General de la Prueba; señala que ésta ha de fundarse sobre una contemplación del proceso que, en orden a la actividad probatoria, no es sustancialmente diferente en uno y otro. El funcionamiento de las cargas, base para el mencionado procesalista de todo proceso, no debe verse de manera diferente en el proceso civil y en el proceso penal. Como quiera que el particular no pueda tomarse la justicia por su mano, y el Estado tampoco lo puede hacer, ya que su función no es tomarse la justicia, sino administrarla o impartirla, hay que cumplir con la carga de la acción, que consiste en ejercitarla, quien la tenga, ante los tribunales. El acudir a los tribunales civiles y el acudir a los penales no son fenómenos sustancialmente diferentes. La carga de la prueba no es sustancialmente diferente en el proceso civil y en el proceso penal.[31]

Sentís Melendo, al tomar como base para la doctrina general de la prueba, el concepto de carga, realmente trata de fundarse sobre uno de los puntos más discutidos en relación a la prueba, pues incluso hay quienes afirman que el concepto de carga de la prueba no se da en el proceso penal.[32]

Pero independientemente de que esto sea falso, como lo veremos al hablar sobre la carga de la prueba, no es ésta la única ni la más firme

[29] *Ob.* y *loc. cits.*
[30] SENTIS MELENDO, *ob. cit.*, p. 542.
[31] SENTIS MELENDO, *ob. cit.*, p. 546.
[32] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, t. III, p. III, FLORIÁN, *ob. cit.*, p. 323; en México, RIVERA SILVA, *ob. cit.*, p. 192.

base que nos permita hablar de una doctrina general de la prueba, sino que —al igual que en el Derecho Procesal en general—, hay una serie de conceptos, principios e instituciones en relación a la prueba que son de indiscriminada aplicación en los diversos procesos. La prueba siempre tendrá como fin la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la aplicación de la norma jurídica pertinente; en cualquier proceso han de ser hechos en sentido general lo que se pruebe, aunque únicamente ciertos hechos los que deban serlo. La carga también opera en todo tipo de proceso, aun en los que rige, ya sea absoluta, preponderante o muy atenuadamente, el principio inquisitorio; igualmente, en todo proceso siempre hay sujetos de derecho que actúan en función de la prueba; para llegar al cercioramiento judicial, se emplean ciertos elementos denominados medios de prueba, cuyo empleo predominante en uno u otro proceso, como afirma Alcalá-Zamora, sólo implica una mera tendencia y no una regla absoluta, tendencia que obedece a consideraciones de derecho sustantivo relacionadas con la manera habitual de producirse el correspondiente conflicto.

En cuanto al procedimiento probatorio, también hay una serie de consideraciones que requieren un cierto tratamiento general, antes de entrar a concreciones positivas. Por último, en cualquier tipo de proceso se requiere que el juez aprecie o valore los medios de prueba ofrecidos u ordenados y desahogados, ajustándose a alguno de los sistemas existentes, o bien siguiendo un criterio mixto.

Por otra parte, hay un conjunto bien definido de principios sobre la prueba que son aplicables a cualquier proceso, ya sea civil, penal, laboral, constitucional, etc., lo que no implica desconocer las variantes y peculiaridades propias de cada régimen probatorio; no se trata de que exista una prueba civil, otra penal, otra laboral, etc., sino que la prueba, que es única, recibe un tratamiento legislativo que tiene ciertas características en cada tipo de proceso, pero que son irrelevantes en orden a su unidad.[33]

Aunque históricamente los estudios probatorios se hayan desarrollado con cierta independencia del avance del procesalismo en general, e incluso algunos son anteriores al surgimiento de éste,[34] lógicamente la Teoría General de la Prueba constituye uno de los capítulos principales de la más amplia Teoría General del Proceso.[35] Consideramos que

[33] Un análisis muy amplio y exhaustivo sobre los principios generales de la prueba puede verse en DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, T. V., pp. 62 a 95.

[34] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Sistema y Criterios para la Apreciación de la Prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", Concepción, Chile, 1965, pp. 29 y 30.

[35] GÓMEZ LARA, *ob. cit.*, pp. 69 y 70. Así lo consideró también el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de nuestra Facultad de Derecho, aunque la incluyó con la terminología de Briseño Sierra, en el Temario de Teoría General del Proceso. Cfr. FLORES GARCÍA, *ob. cit.*, p. 115. En igual forma, aunque ya con terminología de Teoría General de la Prueba, ésta fue incluida en los respectivos temarios de las Uni-

dentro de ésta, el concepto de la prueba es equiparable a los que han sido considerados como *fundamentales*, tales como los de la acción, la jurisdicción y el proceso.

Desde un punto de vista lógico, no se puede concebir el proceso sin la prueba. Aun cuando se presente el *allanamiento*, y se supriman las etapas probatorias y de alegatos, no puede hablarse de un proceso sin prueba, sino más bien de una solución auto compositiva unilateral[35 bis] homologada por el juzgador, figura que excluye la existencia del proceso. No hay prueba, pero tampoco hay proceso.

En relación a la importancia de la prueba, son clásicas estas palabras de Bentham: "... el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas".[36] Y es oportuno anotar que desde entonces el pensador inglés consideraba que sus estudios sobre la materia eran aplicables "tanto a la ley penal cuanto a la comúnmente llamada ley civil; ¿de qué se trata en lo penal?: de decidir si cierto hecho, llamado delito, está probado o no y, en consecuencia, si el individuo acusado debe ser sometido a la obligación de sufrir la pena correspondiente a ese hecho. Para todos esos problemas, el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria".[37]

También Carnelutti considera esta importancia decisiva del fenómeno que estudiamos: "La prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que éste es el corazón del problema del pensamiento".[38] Y Sentís Melendo afirma sin vacilaciones: "... un proceso sin prueba constituye una entelequia...".[39]

En fin, si, como afirma Kisch,[40] la demanda es la proposición, la petición de sentencia, y ésta no es sino la respuesta a aquélla, el sentido de esa respuesta está condicionado por la actividad probatoria que se desarrolle en el proceso.

versidades Nacional de Guatemala y de El Salvador. Cfr. AGUIRRE GODOY, Mario, *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal*, y UNGO, Guillermo Manuel, *La Teoría General del Proceso y la Enseñanza del Derecho Procesal en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador*, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Núm. 1 de 1968, pp. 100 y 175, respectivamente. Por último, es muy digna de considerarse la proposición que hizo DEVIS ECHANDIA en el IV Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Cuernavaca, Mor., 17-20-IV-1969), en el sentido de incluir en los programas de estudio de las Facultades de Derecho, un curso anual separado de "Pruebas Judiciales", tal como ocurre en Colombia, desde hace cerca de un siglo. Cfr. *La Enseñanza del Derecho Procesal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", enero-junio de 1970, Núms. 77-78, p. 364.

35 bis. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* (Contribución al estudio de los fines del proceso), UNAM, 1970, pp. 85-89.

36 BENTHAM, *ob. cit.*, t. I. p. 10.

37 BENTHAM, *ob. cit.*, y *loc. cits.*

38 *La prueba civil, cit.*, p. XVIII.

39 *Ob. cit.*, p. 549.

40 KISCH, Wilhelm, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, trad. de L. Prieto Castro, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 171.

En virtud de ese carácter general de la Teoría de la Prueba, ésta no puede entrar al análisis de las peculiaridades probatorias de los diversos tipos de proceso pues al intentar una teoría general de la prueba penal, por ejemplo, estaríamos ante una contradicción en el simple enunciado; en otras palabras, la Teoría General de la Prueba, por su propio carácter, no puede penetrar a las variaciones y detalles de la prueba. No agota, pues, el estudio cabal de ésta.

4. *El Derecho Probatorio*

La denominación "Derecho Probatorio" ha venido tomando carta de naturalización entre los procesalistas.[41] En general, se entiende por Derecho probatorio "el estudio de las pruebas",[42] pero también se dice que es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad demostrativa en el proceso.[43] Creemos que la denominación Derecho probatorio comprende todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba (entendida ésta en su sentido amplio), sin perjuicio de que su estudio debe partir necesariamente de la Teoría General de la Prueba. Con el empleo de los conceptos y los principios proporcionados por ésta, se logrará una mayor comprensión y sistematización.

De los principios de la Teoría General de la Prueba, que orientan tanto el estudio como la aplicación del Derecho probatorio, podemos destacar los siguientes:

a) *Principio de la necesidad de la prueba.* Los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, *necesitan* ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el juez, si éste tiene facultades.[44] Esta necesidad de la prueba tiene no sólo un fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado.

b) *Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos.* El juzgador no puede suplir las pruebas con con el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos, porque sería desconocer la publicidad y contradicción indispensables para la validez de todo medio de prueba.[45]

[41] Esta denominación ha sido aceptada por ALCALÁ-ZAMORA, quien ha reunido una serie de ensayos sobre la prueba, bajo el título *Estudios de Derecho Probatorio*, obra que hemos citado; igualmente SENTIS MELENDO, en su estudio *Introducción al Derecho Probatorio*, también citado; SILVA MELERO, *La prueba procesal*, *cit.*, t. I, p. XIII, y, por último, DENTI, Victorio, *Evolución del Derecho probatorio en los procesos civiles contemporáneos*, traducción y notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Nueva Serie, Año II, Núm. 6, septiembre-diciembre de 1969, pp. 543-583, especialmente la p. 543, nota a, del traductor.

[42] SENTIS MELENDO, *ob. cit.*, p. 549.

[43] SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 26.

[44] DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V., pp. 62 a 65.

[45] DEVIS ECHANDIA, *ob.* y *loc. cits.*

En relación al conocimiento privado, de acuerdo con Alcalá-Zamora,[46] hay que distinguir dos aspectos: el jurídico y el psicológico. Por lo que toca al primero, afirma que desde este aspecto, es inadmisible sentenciar con base en el conocimiento privado, por dos razones: primero, porque esa convicción extraprocesal del juzgador se sustrae a la discusión y a la contraprueba necesaria; segundo, porque no se puede ser testigo y juez en un mismo proceso. De ahí que si el juez conoce como particular determinados hechos del proceso, y su testimonio es único, insustituible y trascendente, debe comparecer como testigo e inhibirse de actuar como funcionario judicial en dicha causa. Si su testimonio no es indispensable, deberá desentenderse en absoluto de cuanto haya llegado a él extraprocesalmente y atenerse exclusivamente al resultado de la prueba.

Sin embargo, desde un punto de vista psicológico, la situación cambia por completo: el conocimiento privado con conciencia o sin conciencia del juez, puede influir en la ordenación, en la práctica y sobre todo en la apreciación de la prueba, muy singularmente cuando ésta se efectúa según la libre convicción *stricto sensu*. Esta contingencia es difícilmente evitable. No obstante, Alcalá-Zamora apunta que la sustitución de la libre convicción por la sana crítica, puede hacer que en la sentencia queden trazas de que el juzgador, al resolver, se sirvió, en mayor o menor medida, de su conocimiento privado, dándose así posibilidad de acudir al remedio oportuno. Advierte el citado tratadista que, a pesar de ello, la habilidad del funcionario puede llegar a disimular el verdadero móvil de su decisión, con sólo cargar el acento sobre las pruebas o indicios que coincidan con la opinión extraprocesal, en este caso elevada a convicción procesal, que se haya formado de los hechos.

c) *Principio de la adquisición de la prueba*. Según este principio, la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, y así debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla.[47]

d) *Principio de igualdad de oportunidades para la prueba*. Significa que las partes dispongan las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, sea que persigan o no contradecir las aducidas por el contrario.[48] Es obvio que la igualdad legal debe considerar las desigualdades reales, pues una igualdad formal que ignore los grandes desniveles existentes en cuanto a posibilidades reales, sería una verdadera ficción y por ello absurda, como ha ocurrido en el pasado y

[46] ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y Ricardo LEVENE (h), *Derecho Procesal Penal*, t. III, Buenos Aires, 1945, pp. 60 y 61.
[47] SILVA MELERO, *ob. cit.*, I, p. 27, y DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, pp. 66-67.
[48] DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V., p. 74.

aún ocurre en el presente con las normas que hacen abstracción de las condiciones reales en que se desenvuelven los hombres. Por ende, la igualdad en materia probatoria, como en cualquier normación jurídica, debe procurar una verdadera igualdad material, que parta de las condiciones reales de vida, y no limitarse al concepto ya superado de la igualdad formal. En este sentido debe hablarse mejor del principio de *igualación* de oportunidades para la prueba.

e) *Principio de publicidad de la prueba.* El proceso ha de ser desenvuelto en tal forma, que sea posible a las partes y a terceras personas reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión, con referencia al presente y al futuro.[49] El examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas por las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que le corresponde.[50]

f) *Principios de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de prueba.* El juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba, en la mayor medida posible. Si la prueba está encaminada a lograr el cercioramiento del juzgador, nada más lógico que el juez sea quien dirija su producción.

La dirección del debate probatorio otorga al juez un papel completamente activo, ya que lo provee de facultades para ordenar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para su cercioramiento y para intervenir en las pruebas ofrecidas por las partes. Sin la dirección judicial, como dice Devis Echandía,[51] el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener carácter de acto procesal de interés público.

Como puede desprenderse claramente de todo lo expuesto en este número, es indudable que la materia probatoria corresponde al Derecho Procesal; en otras palabras, la prueba, considerada desde el ángulo jurídico, queda comprendida en el Derecho Procesal, con la excepción que Alcalá-Zamora precisa: "... el Derecho probatorio pertenece casi exclusivamente al Derecho Procesal, sin más excepción que las que Chiovenda ha llamado normas probatorias especiales",[52] que se presentan dentro de las legislaciones que acogen el sistema legal o tasado, y constituyen cortapisas o pautas marcadas por el Derecho substantivo.

Si se habla de Derecho probatorio, no se pretende la existencia de nueva rama del Derecho en general, con autonomía e independencia del Derecho procesal. El agrupamiento de las normas relativas a la prueba bajo la denominación "Derecho probatorio", se hace en razón

[49] SILVA MELERO, *ob. cit.*, t. I, p. 28.

[50] DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V, p. 75. Este principio desde luego tiene sus excepciones en la propia ley, cuando produce resultados contraproducentes.

[51] *Ob. cit.*, t. V, p. 79.

[52] *Derecho Procesal Penal, cit.*, t. III, p. 16.

de un criterio de especialización, para darle un tratamiento más sistemático a su estudio, pero no porque se piense que se trata de una disciplina autónoma. Como señala Sentís Melendo, el Derecho probatorio existe "como una parte o zona del Derecho procesal, no como un estudio independiente y autárquico".[53]

Por último, queremos dejar precisado que el estudio completo de la prueba en sí, ya no sólo desde un ángulo normativo, indudablemente rebasa no solamente los límites del Derecho procesal, sino los del Derecho mismo, ya que implica toda una serie de conocimientos e investigaciones que corresponden a las más diversas disciplinas científicas, entre las cuales se pueden enunciar, sin pretensión de ser exhaustivos, la Criminalística, la Medicina forense, la Psiquiatría, la Psicología, la Lógica, la Sociología, y, en general, todas aquellas ciencias cuyas aportaciones pueden contribuir a la obtención de la prueba, fundamentalmente a través de la pericia y de la prueba documental científica; incluso, aquí cabe señalar que, en la medida en que esta participación verdaderamente científica sea mayor, como una consecuencia del mismo desarrollo de la ciencia en general, el cercioramiento del juzgador estará más orientado hacia la verdad, y probablemente en el futuro se llegue a hablar de un carácter objetivo de la prueba.

5. *El contenido de la Teoría General de la Prueba*

Según ha sido señalado anteriormente, hay una temática propia de la Teoría General de la Prueba, que requiere un deslinde, antes de realizar cualquier incursión sobre el Derecho probatorio, entendido como conjunto de normas relativas a la prueba, sin perjuicio de que se considere que aquélla queda comprendida dentro de éste.[54]

a) *El concepto de prueba.* La palabra prueba tiene, aun extrayéndola de su empleo común[55] y ubicándola dentro del campo jurídico, toda una gama de significados, ya que se usa para designar objetos distintos, aunque conexos.[56]

[53] *Introducción al Derecho probatorio*, cit., p. 549.

[54] Sobre el contenido de la Teoría General de la Prueba, puede verse: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Programa para un Cursillo sobre la Teoría General de la Prueba*, en "Estudios de Derecho Probatorio", *cit.*, pp. 197 y 198; SENTÍS MELENDO, *ob. cit.*, pp. 556 a 559, y FENECH, *ob. cit.*, t. I, pp. 571 y 572.

[55] Devis Echadía afirma que la noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, y por ello hay una noción ordinaria al lado de otra técnica, y ésta varía según la clase de actividades o ciencias en que se aplique; según él, en las ciencias y actividades reconstructivas (que construyen el pasado) la noción de prueba adquiere el sentido que tiene en el Derecho. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *ob. cit.*, t. V, p. 2.

[56] "La palabra prueba trae su etimología, según unos, del adverbio probe, que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que pretende: o, según otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe, según lo expresan varias leyes del Dere-

a') De este modo, la palabra prueba es empleada para designar los *medios* con los que se pretende probar, o sea, todos aquellos instrumentos que pueden lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los puntos controvertidos. En ese sentido, se habla, por ejemplo, de la "prueba confesional", la "prueba parcial", "la prueba documental", etcétera. Como peculiaridad de la referencia a este significado, Alcalá-Zamora y Levene señalan el empleo de la palabra en plural: se habla más de pruebas que de prueba, en el sentido de medios.[57]

b') En segundo lugar, con la misma palabra se intenta denominar el *procedimiento probatorio*, es decir, al desarrollo formal de la fase probatoria del proceso, al encauzamiento fijado para la realización de la actividad probatoria. De ahí que algunos códigos procesales hablen de "abrir el pleito a prueba"[58] para indicar la iniciación del procedimiento probatorio, que se integra con los actos de ofrecimiento, admisión o rechazo, práctica y valoración de los medios de prueba.

c') El tercer lugar, con la palabra prueba también se hace referencia, al decir de Dellepiane, a la "*actividad de probar*, de hacer la prueba, como cuando se dice *actor probat actionem*, indicando que es esta parte la que debe suministrar los elementos del juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos alegados".[59] Carnelutti[60] distingue esta acepción cuando, después de observar que los actos de prueba pueden ser realizados tanto exclusivamente por quien efectúa la comprobación, como por otros junto a él, señala con agudeza que en el lenguaje corriente no sólo se llama prueba a la actividad de quien comprueba, sino también a la de quien da el modo o suministra los medios para comprobar.

Dentro de esta acepción, la mayoría de las leyes procesales expresan la necesidad que tienen las partes de probar sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que el adversario tenga a su favor una presunción legal.[61]

d') Por último, el término prueba es usado para consignar el resultado producido por los medios de prueba ofrecidos y desahogados en el proceso. Ésta es una de las acepciones más difundidas y admitidas entre los procesalistas,[62] y en este sentido la prueba vendría a ser "la

cho romano". DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico-crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Tomo II, Imprenta de Gaspar y Roig, Editores, Madrid, 1936, p. 133.

57 ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal, cit.*, t. III, p. 17.

58 Por ejemplo, los Códigos de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 271 y 277), de Zacatecas (artículos 253, III, y 254) y Federal (artículos 337 y 338.

59 DELLAPIANE, A., *Nueva Teoría de la Prueba*, Edit. Temis, Bogotá, 1961, p. 13, *cit.* por BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1970, vol. IV, p. 318.

60 CARNELUTTI, *La Prueba Civil, cit.*, pp. 40 y 41.

61 Cfr. arts. 260 del C.P.C. de Zacatecas y 281 del distrital.

62 Cfr. DEVIS ECHANDIA, *ob. cit.*, t. V, pp. 181 a 184.

demostración misma de las proposiciones de las partes, la constatación de los hechos controvertidos, el reconocimiento mismo a la reproducción de los acontecimientos discutidos".[63] Este significado se puede ejemplificar en la acuñada frase de las sentencias tradicionales que reza: "... el actor probó su acción..." (es decir, probó los hechos del supuesto de la norma en que trata de fundar su pretensión, aunque hay que reconocer que con la misma frase también se expresa, a la vez, que el actor demostró la aplicabilidad de la norma a los hechos probados).

En resumen, podemos decir que la palabra prueba en el ámbito jurídico, y concretamente en el procesal, recibe un tratamiento diverso, según sea el objeto que se considere. Así, se emplea para designar a los medios, al procedimiento, a la actividad tendiente a probar y al resultado obtenido. [64] [65]

Nosotros pensamos que un concepto de prueba que pretenda ser válido para todo tipo de proceso, en términos de una *Teoría General de la Prueba*, ha de recoger todas sus manifestaciones, ya sea que éstas operen dentro del campo del principio dispositivo, ya sea que funcionen en el ámbito del principio inquisitorio. Una visión unilateral y, por ende, parcializada del fenómeno probatorio, queda al margen de la Teoría General de la Prueba y, consecuentemente, de la Teoría General del Proceso.

De los diversos enfoques expuestos, los más comprensivos del fenómeno que estudiamos, son los dos últimos, es decir, los que contemplan las actividades que se realizan con motivo de la prueba y el resultado obtenido. Por eso pensamos que, *en sentido estricto*, y siguiendo la terminología de Alcalá-Zamora,[66] la prueba es la obtención del cercioramiento judicial acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a proceso. Probar es, pues, lograr efectivamente dicho cercioramiento, ya sea a través de la actividad de las partes o de los terceros (principio dispositivo), o ya sea por el juzgador directamente (principio inquisitorio). Ese cercioramiento judicial podrá obtenerse mediante un método que permita la valoración del órgano jurisdiccional, sea con libertad judicial, y entonces estaremos frente a lo que Fur-

[63] ZEPEDA, Jorge Antonio, *Sobre la Prueba en el Derecho Mexicano del Trabajo*, Comunicación presentada en el III Congreso Mexicano de Derecho Procesal, publicado por la "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, 1969, p. 92.

[64] Además, DEVIS ECHANDÍA señala que la palabra también es empleada para designar "los hechos que sirven de prueba a otros hechos", restringiendo así la noción de prueba; también se le identifica erróneamente con la materia que debe probarse o el objeto de la prueba y, por último, se define la prueba diciendo que es "el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen". Cfr. *ob. cit.*, t. V, pp. 179 y 184.

[65] En nuestra tesis *Los sistemas de apreciación probatoria en el Derecho positivo mexicano*, México, 1971, pp. 10-33, hacemos un análisis de la elaboración conceptual en torno a la prueba, siguiendo los cuatro enfoques anotados.

[66] *Introducción al estudio de la prueba, cit.*, p. 111.

no llama la "certeza histórica judicial"; o bien, dicho cercioramiento se obtiene mediante una mera constatación de los medios de prueba con los valores (fuerza probatoria) previamente fijados o tasados, en la ley, y entonces estaremos frente a lo que el propio autor italiano llama "certeza histórica legal".

En sentido amplio, sin embargo, la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, con independencia de que éste se obtenga o no. Este sentido amplio de la prueba es el que puede servir de base para el desarrollo de la Teoría General de la Prueba.

b) *El fin de la actividad probatoria.* El fin de la actividad probatoria viene a ser el mismo en cualquier tipo de proceso. Sobre este tema podemos manejar los conceptos que dimos de la prueba: el fin de la prueba (en sentido amplio) no es sino el de llegar a la prueba (en su significación estricta). Es decir, la actividad probatoria tiene como fin la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de las situaciones fácticas indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso.[67] Dicho cercioramiento no debe ser confundido con el capricho y la arbitrariedad de los jueces, sino que consiste en un criterio sólidamente fundado, que trata de acercarse, en lo más posible, a la verdad, ya sea que se trate de un proceso regido por el principio dispositivo, por el principio inquisitorio, o por una combinación de ambos.

En consecuencia, es inexacto que por medio de la actividad probatoria se busque la verdad en sí, sin perjuicio de que el criterio del juzgador debe orientarse por la búsqueda legítima de la verdad, que es objetiva y existe independientemente del sentido de las resoluciones judiciales; no obstante, éstas pueden coincidir con aquélla, lo que es muy deseable. La eficacia del proceso, como instrumento heterocompositivo de solución a los conflictos intersubjetivos,[68] depende en buena medida de que esa concurrencia de verdad y cercioramiento del juzgador, que puede lograrse merced al aprovechamiento del progreso científico y técnico.

c) *Objeto, necesidad y carga de la prueba.* Estos tres conceptos guardan estrechas relaciones, por lo cual es conveniente darles un tratamiento conjunto para precisarlos.[69]

En cuanto al primero, esto es, al *objeto de la prueba,* consiste, en términos generales, en *lo que puede probarse.* Devis Echandía[70] caracteriza esta noción como puramente *objetiva* y *abstracta,* no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las partes.

[67] ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal, cit.,* t. III, p. 20.
[68] FLORES GARCÍA, Fernando, *Apuntes de clase,* Facultad de Derecho, UNAM, 1968.
[69] DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.,* t. V, p. 206.
[70] *Ob. cit.,* t. V, p. 205.

En cambio, la *necesidad de la prueba*, que consiste *en lo que debe ser materia de la actividad probatoria* por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, aunque es también una noción *objetiva*, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de un hecho o de alguno de ellos, es, para el autor citado, una noción no abstracta, sino *concreta*, porque recae sobre hechos determinados.

Por último, la *carga de la prueba*, que viene a ser una aplicación a la materia probatoria del concepto de "carga procesal",[71] comprende dos aspectos: uno, *subjetivo*, en cuanto se refiere a la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiere prueba;[72] este aspecto subjetivo es lo que Rosenberg llama "carga de la gestión probatoria". Consiste, según dicho autor, en "procurar (una de las partes) la prueba de un hecho controvertido mediante propia actividad, para sustraerse a la pérdida del proceso".[73]

El otro aspecto de la carga de la prueba, el *objetivo*, inquiere más bien en lo comprobado y no en quién ha comprobado. "Lo decisivo —apunta Rosenberg— no es la preocupación por la ejecución de la prueba, sino el peligro de la falta de la prueba".

Por otra parte, Devis Echandía[74] precisa que la noción de la carga de la prueba es, a la vez, *concreta* y *abstracta*; es concreta respecto a las partes, ya que se refiere a hechos precisos, y abstracta respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba. Como puede verse, el carácter concreto se refiere al subjetivo y el abstracto al objetivo.

Pasamos ahora a desarrollar cada uno de estos conceptos.

En cuanto al *objeto de la prueba*, éste consiste en los hechos, entendidos en un sentido general que comprende incluso a la existencia de las máximas de la experiencia y preceptos jurídicos. Con razón ha afirmado Alcalá-Zamora: "... la prueba de normas jurídicas se traduce, en definitiva, en la prueba de un hecho: la de su existencia y realidad..., ya que una vez dilucidado este extremo, el juez se encuen-

71 COUTURE, *ob. cit.*, p. 211 define la carga procesal como "una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él".

72 En esta forma, aunque erróneamente se refieran en forma expresa a "obligación" y no a "carga", los artículos 81 y 82 del C.F.P.C., señalan reglas generales para la distribución parcial de la carga de la prueba; los artículos 83 y 84 del mismo ordenamiento, establecen reglas específicas. Igualmente, los artículos 281 y 282 del C.P.C. del Distrito prescriben las mismas reglas generales; también los artículos 1194, 1195 y 1196 del Código de Comercio. Con mayor técnica, el artículo 260 del C.P.C. de Zacatecas preceptúa que "las partes tienen la carga de probar sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que el adversario tenga a su favor una presunción legal".

73 ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, p. 223.

74 *Ob. cit.*, t. V, p. 206.

tra frente al contenido del precepto incierto, y que ya ha dejado de serlo, en la misma situación que al Derecho nacional vigente y legislado".[75] Son, pues, en general los hechos el objeto de la prueba.

No obstante, por su calidad específica, la prueba que por excepción debe establecerse sobre hechos relativos a la existencia de determinados preceptos jurídicos, recibe un tratamiento especial. El principio *jura novit curia* no tiene aplicación tratándose de Derecho extranjero, consuetudinario, estatutario e histórico.[76] Importa destacar que, en México, el Derecho producido mediante el procedimiento jurisprudencial, que es un Derecho no legislado, no requiere prueba en virtud del carácter obligatorio que tiene para todos los órganos dedicados a realizar, en forma permanente y especializada, la función jurisdicional, correspondan o no formalmente al Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas.[77] Esta obligatoriedad la establecen los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto a la *necesidad de la prueba*, también llamada obligatoriedad de la prueba, Rosenberg[78] escribe que se presenta según distintos presupuestos en un procedimiento con principio de disposición y en uno con principio inquisitorio. En primer término, en el ámbito del *principio dispositivo*, resuelve la conducta de las partes en amplia medida sobre la necesidad de prueba: de este modo, *no necesitan prueba* las afirmaciones admitidas, las no discutidas, además las notorias y las que cuentan con una presunción (nosotros preferimos decir los hechos afirmados que se han admitido como ciertos, los que no se han discutido, los notorios y los que cuentan con una presunción). Según esto, únicamente necesitan ser probadas las afirmaciones (hechos) discutidas y ni aun ellas cuando sean objeto de una presunción.

Por otra parte, en el campo del *principio inquisitorio* resuelve únicamente el Tribunal sobre la necesidad de prueba, haciendo exclusión de la notoriedad y de las presunciones —que también aquí eliminan la

[75] *Derecho procesal penal, cit.*, t. III, p. 26.

[76] ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de la prueba, cit.*, p. 118.

[77] En el mismo sentido, BECERRA BAUTISTA, José (*El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, México, 1965, p. 72. Así lo consideran también De Pina y Castillo Larrañaga, cuando afirman: "...ni el Derecho consuetudinario, ni los principios generales de Derecho son objeto de prueba. El juez debe conocerlos y aplicarlos por las mismas razones que debe conocer y aplicar el Derecho escrito nacional", Rafael DE PINA y José CASTILLO LARRAÑAGA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México, 1966, p. 262. Por último, ALCALÁ-ZAMORA precisa que la jurisprudencia "no reclama propiamente pruebas y sí únicamente que se la refleje con exactitud y se la cite con precisión (en cuanto a fecha, tribunal de que emane y colección en que se inserte)". Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, Niceto, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua* (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales), Universidad de Chihuahua, 1959, pp. 70 y 71.

[78] *Ob. cit.*, t. II, p. 213.

necesidad de comprobación—, mientras que la conducta de las partes no tiene influencia.[79]

Por último, en relación a la *carga de la prueba*, puede decirse que ésta tiene vigencia en cualquier tipo de proceso, invariablemente tratándose del aspecto objetivo y con algunas diferencias en su aspecto subjetivo. Micheli, quien se ha ocupado extensamente y con profundidad de la carga de la prueba, expresa: "... no cabe preguntar si el conferimiento de poderes inquisitorios al juez excluye la carga de la prueba, porque naturalmente en estos casos la estructura del proceso cambiará, pero subsistirá siempre, al menos como regla general, la cuestión acerca del modo de evitar un *non liquet*, cuando el juez no esté en situación de decidir por otra vía".[80] En este mismo sentido, Devis Echandía señala: "Las facultades inquisitivas del juez, sea civil, penal o de otra jurisdicción, pueden hacer menos numerosos los casos en que deba recurrirse a ella (la regla sobre la carga de la prueba), pero no los eliminan, pues siempre es posible que fracase la prueba y que el juez se encuentre ante una falta de certeza; por lo tanto, en estos procesos se conserva su vigencia e importancia".[81]

d) *Los sujetos de derecho probatorio.* En general, puede decirse, siguiendo a Kelsen,[82] que en materia probatoria son sujetos los puntos de imputación o personificación del complejo de normas de Derecho probatorio. Y, así, dentro de este concepto, quedan comprendidos:

a') *El juzgador*, como centro de imputación de normas referentes a la ordenación de oficio de alguna prueba; la admisión de los medios de prueba ofrecidos; la dirección en su desahogo; la realización, tratándose de inspección judicial; la apreciación o valoración de los medios de prueba practicados; y, en fin, de normas que regulan la conducta del juzgador en materia probatoria.

b')*Las partes*, como puntos de imputación de las normas relativas al ofrecimiento de los medios de prueba y la práctica de los mismos en cuanto a ellas concierne, en especial, la declaración de parte y la confesión; también de las normas relativas a la distribución parcial de la carga de la prueba; y, en general, las que rigen la actividad que realizan las partes en función de la prueba.

c') *Los terceros*, en cuanto puntos de imputación de las normas probatorias, en especial, tratándose de las pruebas testifical y pericial.

d') *Los órganos de autoridad*, en cuanto colaboren a la obtención del cercioramiento judicial, v. gr., mediante la rendición de informes.[83]

[79] ROSENBERG, *ob. cit.*, t. II, p. 221.

[80] MICHELI, Gian Antonio, *La Carga de la Prueba*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 247.

[81] *Ob. cit.*, t. V, p. 623.

[82] KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, U.N.A.M,. México, 1969, pp. 109 y ss.

[83] Arts. 326 y 359 del C.P.C. del Distrito; 127 y 171 del Código Federal; 312 y 313 del de Zacatecas y 382 y 384 del de Tamaulipas.

De este modo se elude la distinción innecesaria y equívoca que se suele hacer entre órgano y sujeto de prueba.[84] Algunos autores, entre ellos Fenech[85] y Devis Echandía,[86] clasifican los sujetos de la prueba en función de los actos probatorios que realizan, y así hablan de sujetos de la proposición, sujetos de la admisión, de la ordenación, de la práctica, etcétera, pero, como es manifiesto, más que una clasificación de los sujetos de la prueba, es una clasificación de los diversos actos del procedimiento probatorio.

e) *Los medios de prueba.* Los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende probar, empleando esta palabra en su significación estricta.[87] No debe confundirse los medios de prueba con los sujetos de la prueba: los testigos y los peritos no son medios de prueba; son sujetos de Derecho probatorio. En cambio, el testimonio y el dictamen pericial sí son medios de prueba. La diferencia estriba en la imputación que se hace cuando se trata de los sujetos y el carácter meramente instrumental de los medios de prueba.

La precisión de los elementos de cada uno de los medios de prueba conocidos excede con mucho la extensión propuesta para este trabajo; por ello, nos concretamos a hacer un breve enunciado de los mismos.

a')*La confesión* —declaración vinculativa de parte que contiene la admisión de que ciertos hechos son verdaderos—, otrora considerada como reina de las pruebas, se ha visto hoy reducida en su estimación, de tal modo que en el proceso penal se le atribuye carácter de mero indicio[88] y en el proceso civil tiende a ser sustituida por la simple declaración de parte libremente apreciada por el juez.[89] Se distingue entre confesión y declaración de parte con base en que aquélla es sólo una especie de ésta, sujeta a mayores formalidades, de carácter vinculatorio y consistente específicamente en la absolución de las posiciones articuladas por la contraparte.[90]

84 DEVIS ECHANDÍA, *ob. cit.*, t. V, pp. 361 a 364.

85 *Ob. cit.*, t. I, pp. 584 y 590.

86 *Ob. cit.*, t. V, pp. 364 y 372.

87 Véase *supra*, inciso a) de este número.

88 No obstante, advierte ALCALÁ-ZAMORA, algunos códigos anticuados le atribuyen valor de prueba plena, inclusive a la prestada ante la policía, y cita mediante nota al Código Federal de Procedimientos Penales (arts. 174, 177, 207 y 279) y al C.P.C. del Distrito (arts. 249 y 286). *La teoría general del proceso...*, *cit.*, p. 24.

89 "Semejante solución —apunta ALCALÁ-ZAMORA— proviene de Inglaterra, donde prácticamente testigos y partes declarantes quedan sometidos a un mismo régimen probatorio, y de ella la trasplantó Klein al famoso código procesal civil austriaco de 1895..., el cual repercutió sobre el alemán en la reforma de 1933... En América, la acoge el proyecto Couture de 1945 para Uruguay... y en México los códigos inspirados en el anteproyecto de 1948 para el Distrito (cfr. arts. 258-260), si bien los tres sin haberse decidido a eliminar, de paso, la confesión vinculativa". *Examen crítico...*, *cit.* pp. 73 y 74. Aparte de dichos ordenamientos, actualmente podemos mencionar, entre otros, los Códigos de Procedimientos Civiles de Zacatecas (arts. 279-281) y Tamaulipas (arts. 313-323).

90 Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Pruebas Judiciales*, Editorial Temis, Bogotá, 1969, pp. 215 y ss.

b') *El testimonio* —declaración de un tercero ajeno a la controversia, acerca de hechos que a ésta conciernen, de los cuales el tercero ha tenido percepción directa—, también se encuentra desacreditada, tanto por la fiabilidad humana en la captación y recuerdo de los hechos que ocurren bajo los sentidos, como por las operaciones innobles a que se presta dicho medio de prueba.[91]

La fama pública no es sino una variante del testimonio, que según Alcalá-Zamora, "tiende a desaparecer en los códigos procesales, comenzando por no pocos mexicanos (Federal, Morelos, Nuevo León, Puebla, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, etc.)".[92] Por otra parte, dicho medio de prueba ha perdido "la importancia que históricamente tuvo en épocas en que no existían la fe pública, los diferentes registros oficiales, la policía y, en general, la tupida red administrativa de nuestros tiempos y en que, por tanto, ciertos hechos sólo eran acreditables mediante fama pública".[93]

El careo es una técnica que tiene ciertas implicaciones psicológicas,[94] empleada con mayor frecuencia en el proceso penal que en los otros tipos de proceso,[95] para clarificar y estimular las declaraciones tanto de las partes como de los terceros, cuando son contradictorias.[96] El fin del careo, según Fenech, "consiste en la obtención de los elementos para una recta valoración del resultado de la práctica de los medios de prueba, consistente en declaración del imputado o testigo".[97]

Como puede verse, en estos dos medios de prueba, las declaraciones

[91] Reynolds narra varios casos reales en los cuales fueron encontrados testigos "profesionales", "negligentes", en fin, equivocados; recuerda el informe Wickersham, dado a la luz en los años 30, que fue "una acusación severa y espantosa" contra los métodos de la policía norteamericana; mostró cómo las confesiones "voluntarias" eran obtenidas por medio de la brutalidad, las drogas y otros métodos ilegales de "persuasión". Cfr. REYNOLDS, Quentin, *Sala de Jurados* (la historia de Samuel S. Leybowitz), trad. de Carlos Gaytán, Editorial Constancia, México, 1969, pp. 200 y ss. En México, la cantidad de testimonios y confesiones ilegales o inexactos no debe ser menor.

[92] *Examen crítico...*, p. 82.

[93] *Exámen crítico...*, *cit.*, p. 83.

[94] "...el juez debe aprovechar los momentos psicológicos de los careantes, en el calor de la discusión, para salvar al ingenuo y poder contener al falaz, mediante el juego de preguntas y contrapreguntas que mutuamente se hacen observando las turbaciones de ánimo, las reticencias y demás circunstancias que concurren en esta clase de diligencias". GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1967, pp. 377 y 378.

[95] DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de pruebas judiciales*, *cit.*, p. 414, apunta que es indispensable el careo también en el proceso civil, cuando aparecen declaraciones de testigos que se contradicen entre sí; su importancia es enorme, ya que permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que éstos precisen sus recuerdos, insistan en sus versiones o las corrijan. En materia procesal civil y laboral, en México, sí se ha establecido legislativamente la técnica del careo: Cfr. arts. 318 y 389 del C.P.C. del Distrito; art. 343, segundo párrafo *in fine*, del Federal; art. 279 del C.P.C. de Tamaulipas; art. 261, frac III, del de Zacatecas, y art 765 de la nueva Ley Federal del Trabajo.

[96] Cfr. arts. 228 del C.P.P. del Distrito y 265 del Federal.

[97] *Ob. cit.*, t. I, p. 695.

de parte y de terceros, el conocimiento de la Psicología por parte del órgano jurisdicional resulta indispensable.

c') *Los dictámenes periciales.* Al contrario que los anteriores medios de prueba, los dictámenes rendidos por peritos, pese a que aún presentan múltiples deficiencias, ofrecen mejores perspectivas probatorias, en función del gran desarrollo de la ciencia y de la técnica. La preparación del juzgador no puede alcanzar todos los ámbitos del conocimiento científico y de la técnica y, sin embargo, muy a menudo, ha de resolver conflictos que presentan aspectos que requieren esos conocimientos y esa técnica. Por ello, es indispensable la participación de los peritos en el proceso, la cual se irá perfeccionando en la medida en que avance la ciencia y la técnica, proporcionando mayor objetividad a la prueba. Pensamos que será a través de este medio de prueba y de la documental científica, como se logrará un cambio en la naturaleza de la prueba, ya que de predominantemente subjetiva, como lo es ahora, dependiendo de un criterio subjetivo de valoración, habrá de alcanzar un nivel mayor de objetividad, que permitirá, a su vez, darle una mayor eficacia al proceso.

d') *Los documentos.* Este medio de prueba es el que mayor desarrollo ha tenido; por eso Alsina[98] ha dicho que el antiguo adagio forense "testigos vencen escritos", ha sido sustituido por el de "escritos vencen testigos". En cuanto a su concepción, también ha sufrido una evolución que va de la concepción estructural, que consideraba que documento era únicamente lo escrito, a la concepción funcional, que se funda en su carácter representativo; es decir, según esta concepción, documento es todo lo que se representa una idea.[99] En este sentido, Alsina escribe que "por documentos se entiende toda representación objetiva de un pensamiento, la que puede ser material o literal".[100] Igualmente, Alcalá-Zamora distingue entre *monumenta* e *instrumenta.*[101]

Dentro de esta concepción tan amplia de documentos, caben las fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y, en general, los inventos de esta naturaleza que la ciencia y la técnica logren, en su sorprendente desarrollo.[102]

Es pertinente aclarar, sin embargo, que en México las leyes procesales aún otorgan un tratamiento diverso a los documentos, según sean literales (públicos y privados) o materiales (en la especie de documental científica).[103] Por lo demás, pese a la evolución que ha experimentado

98 *Ob. cit.*, t. III, p. 397.
99 GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 405 y 406.
100 *Ob. cit.*, t. I, p. 392.
101 *Examen crítico..., cit.*, p. 75.
102 ALCALÁ-ZAMORA, *Examen crítico..., cit.*, p. 82.
103 Cfr. arts. 129-142 y 188 y 189 del C.F.P. 327-345 y 373-375 del distrital; 282-289 y 309-311 del C.P.C. de Zacatecas, y 324-335 y 379-381 del de Tamaulipas. Los Códigos Federal y del Distrito de Procedimientos Penales no establecen reglamenta-

el concepto de documento, aún hay autores que, como Pallares,[104] estiman que documento es únicamente lo escrito.

e') *La inspección judicial,* a la cual ya Ricci negaba carácter de medio de prueba,[105] objeción que Alcalá-Zamora trata de salvar llamándole, en vez de medio, "especie de prueba". Otros autores, como Carnelutti,[106] le llaman prueba directa, precisamente por carecer de esa naturaleza instrumental que tienen los otros medios de prueba. Por último, Briseño Sierra,[107] estima que se trata de un medio de mostración, como si sólo las partes pudieran mostrar y no el juez inspeccionar, sin que aquéllas se lo pidan.

Aunque la inspección judicial no es un medio de prueba, en el sentido de que carece del carácter de intermediario entre el hecho a probar y la percepción del juez, pues aquél es presentado directamente a éste, sí es ubicable entre los medios de prueba en cuanto que es en sí, un instrumento legal para lograr esa percepción directa. Precisamente, en atención a dicho carácter, debe eliminarse la práctica viciosa de designar para la ejecución del reconocimiento judicial, personas distintas de quienes van a valorar los medios de prueba, pues en este caso pierde su carácter de una verdadera inspección que proporciona una percepción directa de los hechos, y se convierte en documento público que los acredita.

f') Por último, en cuanto a *las presunciones,* Alcalá-Zamora ha precisado su verdadera naturaleza. Según el Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra Universidad Nacional, "o se trata de las denominadas *legales,* y entonces se conectan con la *carga de la prueba* (a título de exclusión las *iuris et de iure* o absolutas— o de inversión en cuanto a ella— las *iuris tantum o relativas*—), o bien de las llamadas *humanas,* y en tal caso se ligan con la *fuerza probatoria...*" y no son medios distintos de los que hemos referido brevemente, "sino los mismos, sólo que sin intensidad demostrativa *plena* (meras conjeturas o indicios)".[108]

f) *El procedimiento probatorio.* El procedimiento probatorio comprende fundamentalmente los actos que constituyen el desarrollo formal de la fase probatoria del proceso, incluyendo la apreciación realizada en la fase resolutiva, sin dejar de considerar la posibilidad de que

ción específica para la prueba documental científica; su empleo, no obstante, queda permitido, en el Código Federal, por el art. 269, dentro del concepto amplio de documento y, en el Código del Distrito, por el art. 135.

104 PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil,* Editorial Porrúa, México, 1965, p. 407.

105 RICCI, Francisco, *Tratado de las Pruebas,* trad. de Adolfo BUGLA y Adolfo POSADA, t. I, Madrid, s. j., p. 15.

106 *La prueba civil, cit.,* p. 54.

107 *Derecho procesal,* CÁRDENAS Editor y Distribuidor, 1970, vol. IV, pp. 435 y *ss.*

108 ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, Síntesis del *Derecho Procesal,* en "Panorama del Derecho Mexicano", t. II, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1965, p. 205.

algunos actos probatorios puedan realizarse en otras fases del proceso y aún fuera de éste, como ocurre, por ejemplo, con la presentación de documentos en la fase expositiva [109] o con las llamadas pruebas "para futura memoria",[110] respectivamente.

Los momentos fundamentales del procedimiento probatorio, cualquiera que sea el tipo de proceso en que se realice: son a') la *proposición* u *ofrecimiento,* que corresponde a las partes; b') la *admisión* o *rechazo,* que hace el juzgador de los medios de prueba ofrecidos, o su *ordenación* por el mismo cuando proceda de oficio; c') la *preparación* de las pruebas admitidas u ordenadas; d') la *ejecución, desahogo* o *práctica,* en la que intervienen el propio órgano jurisdiccional, las partes y terceros (testigos, peritos, etc.); a este momento también se le llama recepción, pero esta palabra más bien indica una actitud pasiva del Tribunal, debiendo tener éste una actitud activa, además de que dicho término parece no considerar la actividad de las partes y los terceros; e') la *apreciación, valoración* o *valuación,* que consiste en la estimación que el juzgador hace de los medios de prueba practicados.[111] Como puede verse, todos estos actos se encuentran vinculados por su finalidad probatoria.

El tiempo en que se realizan estos cinco momentos es variable; en ocasiones, se destina un plazo o un término [112] a tal efecto para cada uno de ellos; [113] otras veces, se realizan conjuntamente con otros actos diversos; [114] en fin, pueden realizarse en forma concentrada.[115] En cuanto

[109] Cfr. art. 324 del C.P.C. Federal; art. 266 del de Zacatecas, y 248 fracción II del de Tamaulipas.

[110] Véase art. 193 fracciones I, VII y VIII del C.P.C. del Distrito; art. 92 del Código Federal; arts. 202, fracción I, y 269 del de Zacatecas, y 285 y 413 del de Tamaulipas.

[111] ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de la prueba, cit.,* p. 121; DEVIS ECHANDIA, *Tratado de Derecho procesal civil, cit.,* t. V, pp. 383 y *ss.,* y FENECH, *ob. cit.,* t. I, pp. 576 y *ss.*

[112] "...el *plazo* encierra un *periodo de tiempo,* ...a todo lo largo del cual..., se puede realizar válidamente la actividad procesal correspondiente; el *término,* en cambio, significa tan sólo el *punto de tiempo* para el comienzo de un determinado acto..." ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto *La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal,* en "Revista de la Facultad de Derecho de México, t. XVII, abril-septiembre, 1967, Núms. 66-67, pp. 356 y 357.

[113] Es el caso del C.P.C. del Distrito y Territorios Federales, que para el juicio ordinario, señala un plazo para el ofrecimiento de pruebas (de 10 días: art. 290); un término par su admisión o rechazo ("al día siguiente en que termine el período de ofrecimiento de pruebas..."; art. 298); dos tipos de plazo para su ejecución (un ordinario de 30 días y otro extraordinario que varía según el lugar donde vayan a practicarse las pruebas: de 50, 100 y 120 días; arts. 300 y 303, respectivamente). La valoración se realiza en la sentencia, la cual debe dictarse dentro de los 8 días siguientes a la expiración del plazo de los alegatos (arts. 87 y 425).

[114] En el juicio sumario que reglamentaba el C.P.C. distrital, suprimido por las reformas publicadas en el D. O. de 14-III-1973, el ofrecimiento se realizaba desde la presentación de los escritos que integraban la fase expositiva y el juez resolvía sobre su admisión o rechazo al acordar estos escritos (arts. 434 y 435).

[115] El Art. 32 del Anteproyecto que Reforma el Régimen de la Prueba en el Código de Procedimientos de Honduras (art. 330 del Proyecto), obra de ALCALÁ-

a su forma, el procedimiento probatorio puede ser predominantemente escrito o bien predominatemente oral,[116] pero por la misma naturaleza de los actos probatorios, es más recomendable la forma oral.

g) *La apreciación de la prueba.* "Por valoración o apreciación de la prueba judicial —escribe Devis Echandía— se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido." [117] Se trata del momento decisivo de la actividad probatoria. La apreciación viene a ser a la prueba lo que la sentencia es al proceso. En este sentido apunta Fenech: "En la valoración radica la mayor dificultad del problema que plantea la prueba, constituyendo la operación más delicada a realizar por el juzgador...".[118]

Para realizar esta valoración se siguen diferentes sistemas, producto cada uno del desarrollo histórico y de las tendencias de la época. Sin embargo, es indiscutible que cualquiera de estos sistemas pueden funcionar en cualquier proceso, sin que exista una exclusividad prefijada de cierto sistema para determinado proceso. Con acierto señala Alcalá-Zamora: "...cualquiera de los criterios valorativos rige indistintamente la materia civil o la penal, sin que, por tanto, ni histórica ni actualmente quepa asociar indisolublemente la libre convicción con el proceso penal y la apreciación legal o tasada con el civil, como tampoco con uno de ellos sólo la sana crítica, referible por igual a los distintos enjuiciamientos".[119] Todo esto sin perjuicio de que lo deseable es que los diversos procesos acojan, para la valoración de la prueba, el sistema que mayor eficacia otorgue al proceso y más acerque la prueba, por medio de una estimación que atienda las peculiares circunstancias que el caso concreto presenta en la realidad, a la objetividad de que hemos hablado antes.[120]

6. *Conclusiones*

PRIMERA. Existe una unidad esencial del Derecho procesal, una diversidad de procesos y una multiplicidad de procedimientos.

SSGUNDA. La evolución histórica de los estudios procesales tiene como uno de sus logros actuales la Teoría General del Proceso, constituída

ZAMORA, establece una forma de ejecución concentrada de la prueba. Véase ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Derecho Probatorio, cit.*, p. 242.

116 En el C.P.C. distrital la ejecución de las pruebas podía realizarse en forma escrita u oral, según el juez lo decidiera o las partes lo propusieran, hasta antes de la reforma citada en la n. 114, en virtud de la cual se consagró como forma única, la oral.

117 *Compendio de pruebas judiciales, cit.*, p. 107.

118 *Ob. cit.*, t. I, p. 577.

119 ALCALÁ-ZAMORA, *La Teoría General del Proceso, cit.*, p. 24.

120 Cfr. *supra*, inciso b), Nº 5.

por el conjunto de conceptos, principios e instituciones que son comunes a las diversas disciplinas procesales.

TERCERA. También hay una unidad esencial en la materia probatoria, que se estructura en una serie de conceptos, principios e instituciones de indiscriminada aplicación en los diversos sistemas probatorios. En esto consiste la Teoría General de la Prueba.

CUARTA. Dentro de la Teoría General del Proceso, el concepto de la prueba es equiparable a los que han sido considerados como *fundamentales,* tales como los de la acción, la jurisdicción y el proceso, ya que no es concebible lógicamente este último sin la prueba.

QUINTA. La denominación "Derecho probatorio" comprende todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba (entendida ésta en su sentido amplio), sin perjuicio de que su estudio debe partir necesariamente de la Teoría General de la Prueba.

SEXTA. Entre los principales temas que integran la Teoría General de la Prueba, se pueden señalar: el concepto de prueba; el fin de la actividad probatoria; el objeto, la necesidad y la carga de la prueba; los medios de prueba; el procedimiento probatorio, y la apreciación de la prueba.

SÉPTIMA. Para nosotros, en sentido estricto, la prueba es la obtención del cercioramiento jurisdiccional acerca de los hechos indispensables para la resolución del conflicto sometido a proceso.

OCTAVA. Sin embargo, en sentido amplio, la prueba comprende todas las actividades procesales que se realizan a fin de obtener dicho cercioramiento, con independencia de que éste se obtenga o no.

NOVENA. El fin de la actividad probatoria en cualquier tipo de proceso, consiste en la obtención de la prueba en su sentido estricto, la que puede o no coincidir con la verdad.

DÉCIMA. El objeto de la prueba alude a lo que se *puede* probar; la necesidad de la misma indica lo que se *debe* probar; y la carga de la prueba se refiere a *quién* debe probar.

DÉCIMA PRIMERA. Los sujetos de Derecho probatorio son los puntos de imputación o personificación del complejo de normas que constituyen dicha disciplina.

DÉCIMA SEGUNDA. Los medios de prueba son los instrumentos con los que se pretenden probar, entendida esta palabra en su significación estricta.

DÉCIMA TERCERA. El procedimiento probatorio comprende los actos que se desarrollan para lograr el cercioramiento jurisdiccional, que se realizan fundamentalmente en la fase probatoria, sin perjuicio de que algunos actos se puedan celebrar en otras fases del proceso y aún fuera de éste.

DÉCIMA CUARTA. En la valoración radica la mayor dificultad de la prueba: la apreciación viene a ser a la prueba, lo que la sentencia es

al proceso. El sistema que se adopte para apreciar a la prueba, debe procurar acercar, en la mayor medida posible, el cercioramiento judicial a la verdad objetiva.

UNIDAD II: MEDIDAS DE COERCIÓN

LECTURA OBLIGATORIA

GALVES VILLEGAS, Tomas Aladino. (Enero - 2013). *Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de lege data y de lege ferenda*. Investigación del Instituto Derecho y Justicia, 161. Pp. 85-126 y 146-156.

PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los presupuestos para aplicar una medida cautelar?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el decomiso y la incautación?
3. ¿Cuál es el objeto del secuestro?
4. ¿Cuál es el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto al secuestro y la incautación?

2. LA INCAUTACIÓN

2.1. CRITERIOS GENERALES

Previamente a ensayar una definición o realizar cualquier análisis respecto a la incautación, debemos tener en cuenta que en el procedimiento de investigación, y en general en todo el proceso penal plasmado en las normas procesales penales, se debe armonizar debidamente las ***garantías y derechos fundamentales*** con los ***criterios de eficacia*** en la investigación y persecución del delito; de lo contrario, se puede llegar, por un lado, a la arbitrariedad, o por otro, a la impunidad; todo ello en desmedro de la legitimidad de la Administración de Justicia Penal, la que evidenciaría su incapacidad para resolver los conflictos sociales generados con la comisión del delito.

En tal sentido, si constitucionalmente se ha concedido al Fiscal la facultad de la ***conducción de la investigación del delito y la titularidad de la acción penal,*** y se le ha impuesto la ***obligación de la carga de la prueba,*** los instrumentos procesales con los que debe cumplir tales cometidos, deben constituir herramientas ágiles e idóneas que no entorpezcan la eficacia de la investigación, pero que tampoco queden librados a su completo arbitrio. Consecuentemente, deben quedar debidamente determinados la naturaleza, contenido, límites y formas de aplicación o ejecución de cada una de las categorías o instituciones aplicables en la investigación o procesamiento del delito; solo así la realización de la investigación y del proceso podrá realizarse sobre parámetros de seguridad, predecibilidad, eficacia y legitimidad, desterrando la arbitrariedad y la ineficacia e ineficiencia.

Todo ello hace necesaria la formulación y desarrollo de conceptos y categorías rigurosas, funcionales y coherentes respecto a cada una de las instituciones vinculadas a la problemática en cuestión; esto es, nos remite directamente a la Dogmática jurídico-penal. La Dogmática[146] jurídico-penal es el conjunto sistemático[147] de conocimientos jurídicos rigurosamente estructurados, elaborados u obtenidos a través de metodologías propias de las ciencias jurídicas (dogmática, exegética, hermenéutica y sobre todo la argumentación jurídica), que señala los

---

146 El término ***'dogmática'*** aún cuando no es el más feliz, ha sido aceptado universalmente como sinónimo de ciencia del derecho o construcción jurídica sistemáticamente organizada. Este término se acuñó para hacer referencia a las obras de los juristas franceses, que por resultar de la coincidencia entre el Derecho romano y las costumbres francesas, se las consideraba como 'dogmas' aplicables a todos los países y a todos los tiempos, de modo acrítico y sin necesidad de aportar justificaciones a las soluciones jurídicas planteadas. NINO, Carlos Santiago: "***Los límites de la responsabilidad penal".*** Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 67.

147 Al respecto debemos entender como sistema científico (sin entrar en detalles respecto a la múltiple diversidad de conceptos de sistema) "... la ordenación lógica de los *conocimientos particulares* alcanzada en la ciencia de que se trate (...) la renuncia a toda construcción sistemática equivale a un permanente estado embrionario de la referida ciencia. En efecto, sólo poniendo en relación lógica tales conocimientos (...) mediante el orden sistemático puede llegarse a saber si son lógicamente compatibles entre sí o se contradicen". SCHÜNEMANN, Bernd: "***Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio".*** Idemsa, Lima, 2006, pp. 13 y 14.

límites y definen los conceptos o categorías jurídicas que permiten la aplicación segura y predecible del Derecho penal, lo que a la vez dota de racionalidad a la actividad jurídico - penal sustrayéndola de la arbitrariedad y la improvisación[148]. No obstante, este sistema constituido por la dogmática, no puede ser absoluto y cerrado por sus propias premisas o conclusiones, por el contrario, debe estar orientado a lograr la solución efectiva de los conflictos sociales[149] y permanecer abierto a los nuevos conocimientos, a las nuevas soluciones y a los nuevos problemas[150]. Asimismo, debe mostrarse capaz de resolver cualquier tipo de antinomias que surjan al interior del mismo, a fin de salvar la ordenación lógico – sistemática que le da unidad y coherencia[151].

La elaboración dogmática de las instituciones jurídicas, esto es, la definición de su naturaleza, contenido, límites, fundamentos y funciones, si bien inicialmente son delineadas por la propia norma a través de su contenido lingüístico y teleológico, es la jurisprudencia la que define sus contornos, y sobre todo, es la dogmatica o doctrina mayoritaria o consensual la que establece su verdadero contenido, el que a la vez, es asumido y respetado por la jurisprudencia y la propia legislación; la que inclusive, puede realizar adaptaciones o modificaciones normativas a partir de propuestas dogmáticas de *lege ferenda*. En tal sentido, la dogmática o teoría jurídica nace y se desarrolla bajo el influjo de la jurisprudencia y la legislación en una suerte de interrelación dialéctica.

A través de esta relación dialéctica entre normas, dogmática y jurisprudencia, se establecen las garantías para que el operador jurídico (procesal en el presente caso) actúe respetando los criterios elaborados por la ciencia del Derecho, lo que a la vez redunda en su legitimidad y emite un mensaje de seguridad jurídica, tanto desde la perspectiva de la eficacia así como desde la óptica del respeto a los derechos y garantías personales.

---

148 "A la Dogmática penal le es inherente una notable estabilidad que se ha visto reforzada por el influjo persistente de la jurisprudencia". JESCHECK y WEIGEND: ***Ob. Cit.*** p. 211.

"Su finalidad última ha de ser la de proporcionar un modelo más explicativo de lo que en realidad hacen los juristas intuitivamente, racionalizándolo y posibilitando así la doble finalidad de la dogmática: una aplicación segura y fiable del Derecho y una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios". SILVA SÁNCHEZ: ***Ob. Cit.*** p. 64.

149 "... en la base de la dogmática se halla tradicionalmente una dimensión de elaboración de conceptos y de integración de los mismos en un sistema, orientado todo ello a la resolución de problemas jurídicos de un determinado modo". SILVA SÁNCHEZ: ***Ob. Cit.*** p. 49.

150 "En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas". ROXIN: ***Ob. Cit.*** p. 4.

151 Al respecto SCHÜNEMANN acertada y sintéticamente refiere: "... en resumen puede asegurarse: "1) que el razonamiento sistemático y elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional; 2) que soluciones contrarias al sistema que no pueden 'integrarse' en éste ni siquiera mediante una reforma del mismo ponen de manifiesto *eo ipso* deficiencias materiales del ordenamiento jurídico; 3) que, por otro lado, jamás debe sobrevalorarse el alcance del sistema obtenido, de modo que la aparición de nuevos problemas debe provocar el sometimiento a prueba de la sistematización existente. En resumidas cuentas, el ideal de la elaboración sistemática del Derecho penal (como en la ciencia jurídica en general) viene presentado por un 'sistema abierto' que ordene y conserve los conocimientos alcanzados de modo seguro tras el debate científico, pero que, por otro lado, no esté inmunizado frente a la modificación, o incluso subversión, provocada por la aparición de nuevas soluciones a los problemas o de nuevos conocimientos materiales". ***Ob. Cit.*** p. 32.

En este sentido, para lograr esta seguridad y predecibilidad, las instituciones jurídicas aplicables deben presentar definiciones que reúnan los elementos o presupuestos mínimos de coherencia lógica y funcionalidad, de tal modo que se pueda aprovechar su rendimiento práctico respecto a la solución de los conflictos correspondientes y el operador jurídico no tenga duda en servirse de dichas definiciones, no solo por la seguridad jurídica sino por su eficacia.

Lamentablemente, respecto a la ***incautación*** (así como a la medida de ***secuestro***, que veremos más adelante) existe total confusión y ausencia de uniformidad de criterios en los operadores procesales, los teóricos del Derecho así como en el propio legislador[152]. Ante estas circunstancias, tal como hemos venido sosteniendo en trabajos anteriores, proponemos partir definiendo o por lo menos explicando cada una de las instituciones procesales vinculadas a estas medidas controvertidas. Pues debemos indicar que, esta problemática no se circunscribe a nuestro medio, puesto que tampoco en el Derecho comparado se ha resuelto estas cuestiones, habiéndose limitado los diversos autores a formular conceptos a partir de sus respectivas legislaciones, sin haber perfilado o desarrollado conceptos útiles, debidamente determinados y de validez general.

En este orden de cosas, y para establecer el contexto dentro del cual definimos a la incautación, aun cuando ya lo hemos determinado al tratar el decomiso, debemos hacer algunas precisiones sintéticas respecto a todos los elementos o casas que pueden ser materia de incautación, entendida esta como medida cautelar para asegurar el decomiso; esto es precisaremos que entendemos por ***objeto del delito, cuerpo del delito, instrumento del delito, efecto o producto del delito, ganancia del delito y bienes de las organizaciones criminales,*** luego de lo cual recién podremos elaborar una definición coherente y funcional de la ***incautación*** (y en su momento, del ***secuestro***). Para ello nos remitimos a las ideas desarrolladas al tratar el decomiso.

Objeto del delito es todo bien o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado por el delito, pudiendo ser la propia persona, cuando se trata de atentados contra la vida el cuerpo y la salud. La acción delictiva puede ocasionar un daño directamente al objeto de protección (bien o cosa específica) o afectar el interés de su titular respecto a dicho objeto (cuando se priva del bien a su titular mediante una sustracción, hurto, etc.). Cuando el objeto del delito (objeto material u otro tipo de bien) se encuentre o recupere por la Policía, la medida que corresponde aplicar es la *entrega* inmediata a su titular sin mayores dilaciones o formalidades, salvo casos excepcionales en que sea necesario disponer su secuestro para fines de la investigación.

Si bien, en la gran mayoría de casos el objeto del delito tiene un titular reconocido previamente al delito y es dicha titularidad la que se ataca, existen casos excepcionales como el delito de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, en que el objeto del delito no tiene una titularidad reconocida, puesto que habitualmente el objeto del delito de lavado de activos, a la vez configura efectos o ganancias del delito previo (sobre los cuales hemos demostrado que el agente no tiene derecho real alguno). Siendo así, se descartan como objeto del delito, los casos en que la propia acción delictiva produce el ente o elemento material a través del cual se consuma el

[152] Al respecto, debe precisarse que el Código Procesal Penal, muestra sus mayores deficiencias cuando desarrolla instituciones que trascienden el ámbito propiamente procesal penal y requiere de conocimientos de otras disciplinas jurídicas, tales son los casos de la reparación civil, de las medidas cautelares reales o también de instituciones como la incautación.

delito, tal como el hecho de producir o elaborar un documento falso; en este caso, el documento falso no configura objeto del delito, sino más bien un efecto o producto del mismo. Distinto es el supuesto en que se adultere o falsifique un documento verdadero, en cuyo caso el documento auténtico que se adulteró sí constituye un objeto del delito. En este sentido, para precisar cuál es el objeto del delito, debemos tener presente que, este debe tener una existencia lícita previa, de tal suerte que la titularidad o materialidad del bien es protegida por el Derecho, y la acción delictiva precisamente lesiona dicha titularidad (sustrayéndolo por ejemplo) o su materialidad (dañándolo o lesionándolo). Se exceptúa de esta premisa, los objetos del delito de lavado de activos, en el que a la vez configura efectos o ganancias del delito previo o los casos de bienes intrínsecamente delictivos, o los bienes respecto de los cuales el reconocimiento de derechos reales está prohibido o queda sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, tal como lo hemos desarrollado al tratar el decomiso.

Con el término ***cuerpo del delito***, mayoritariamente se hace referencia a todo objeto o elemento material vinculado al delito. Con este término se comprende a instrumentos del delito, al objeto del delito, a efectos o productos del mismo así como también a las ganancias o cualquier otro objeto material que pudiera servir como elemento o fuente de prueba en la investigación del delito. Como puede verse, dentro de este concepto "... se engloba a cualquier tipo de referencia a los rastros visibles que puede dejar cualquier hecho delictivo"[153]. De ello se aprecia que no se trata de un concepto técnico útil, en términos de eficacia o funcionalidad, para la práctica procesal y por tanto carece de toda relevancia; apreciándose que la doctrina, legislación y jurisprudencia, utilizan este término más por tradición que por criterio técnico – jurídico.

Por ***instrumento del delito*** debe entenderse a los medios u objetos con los cuales se ha cometido o intentó cometer el delito. Son instrumentos los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador[154].

Por ***efecto del delito*** debe entenderse a los productos o elementos provenientes del delito, los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, como por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Pero también pueden ser otros bienes u objetos directamente obtenidos con la acción delictiva, como el dinero obtenido por la comisión del delito.

Por ***ganancias del delito*** se entiende a todos los bienes o derechos que constituyen efectos mediatos del delito, esto es, que sin provenir directamente del delito tienen como su fuente al mismo, tales son los casos de intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar al agente[155]. Normalmente las ganancias son los beneficios obtenidos a través de actos aparentemente lícitos sobre los efectos directos del delito.

---

153 Al respecto ver SÁNCHEZ VELARDE: 2004, p. 510. Con cita de MONTÓN REDONDO.

154 GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen: ***"Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito".*** Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 379.

155 MEINI MÁNDEZ, Iván: 1999**.** p. 177.

Bienes y activos de las organizaciones criminales son bienes que no constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cometidos por la organización criminal; se trata de bienes o activos que por encontrarse a disposición de la organización delictiva y contribuir a su propia subsistencia constituyen un ***peligro objetivo*** para los bienes jurídicos de la sociedad; pues, las organizaciones delictivas usan o se sirven de estos para existir como tales. Estos pueden ser de la titularidad de los miembros de la organización o también pueden aparecer a nombre de la propia organización delictiva, cuando esta ha tomado la configuración de una persona jurídica existente bajo el aparente amparo de las normas jurídicas. Por la peligrosidad objetiva que significa su uso y servicio a la organización delictiva, se justifica su decomiso aun cuando no se haya determinada una relación de causalidad con algún delito específico. En tal sentido, los Convenios internacionales, la legislación comparada, así como Nuestra Ley de Pérdida de Domino dispone su decomiso en su artículo 5°.4.

Todos estos bienes o activos, excepto los denominados *cuerpo del delito*, son materia de decomiso y por ello también serán objeto de incautación; obviamente, siempre que tengan un valor patrimonial cuya titularidad deba pasar a favor del Estado, o entrañen un peligro objetivo, y por ello deben ser destruidos o incinerados. Pero claro, cuando estemos frente al *objeto del delito,* ordinariamente, este será devuelto a su titular, y solo raramente se incautará (cuando se trate del delito de lavado de activos u otro de similar estructura.

2.2. INCAUTACIÓN Y MEDIDAS CAUTELARES

2.2.1. DEFINICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares, como ya se ha indicado, se encuadran en el marco del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, por el cual se confiere a todas las personas, sin excepción, el derecho a tener acceso al sistema judicial y a obtener de él una resolución fundada en derecho[156]. Este derecho a la vez es un principio de la administración de justicia y comprende el derecho de acceso a los tribunales, a obtener una sentencia fundada en derecho, a los recursos correspondientes, y, naturalmente, ***el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.***

En este sentido, GONZALEZ PÉREZ refiere que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le 'haga justicia', a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con unas garantías mínimas. Este derecho despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia; segundo, una vez en ella, a que sea posible la defensa y la obtención de una solución en un plazo razonable; y tercero, una vez dictada la sentencia, a ***la plena efectividad de sus pronunciamientos.*** Esto es, implica acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia[157].

En este contexto la figura jurídica de las medidas cautelares como instrumento procesal cobra importancia durante el trámite del proceso penal, ya que estas permiten restringir el

---

156 GARCIA MORILLO, Joaquín y otros**: "*Derecho Constitucional".*** Volumen I. 3ª. Edicion. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 324.

157 GONZALES PEREZ, Jesús: ***"El derecho a la tutela jurisdiccional".*** Civitas, Madrid, 1985, pp. 27 y 123.

ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o tercero civil a fin de evitar los riesgos de obstaculización del proceso, así como el riesgo de la realización de maniobras fraudulentas orientadas a disponer del patrimonio del obligado o a ocultar los efectos y ganancias del delito. Esto es, buscan asegurar el ***efectivo cumplimiento*** de la sentencia.

Las medidas cautelares se encuadran dentro de un concepto más amplio al que se conoce como *"medidas o procesos urgentes"*, todo lo cautelar es urgente pero no todo lo urgente es cautelar, pues, algunas medidas de urgencia pueden perseguir otra finalidad. A través de las medidas cautelares "… se busca asegurar el resultado práctico de la sentencia (la realización del derecho material) que recaiga en otro procedimiento de conocimiento o de ejecución"[158].

Para la legítima imposición de una medida cautelar deben observarse los principios de Jurisdiccionalidad, instrumentalizad, eventualidad, provisionalidad, variabilidad y proporcionalidad. Asimismo, para amparar la medida deben cumplirse los presupuestos de la apariencia del derecho o *fumus bonis iuris* y el peligro en la demora o *periculum in mora;* asimismo, cuando corresponda, la correspondiente contracautela.

2.2.2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como quiera que las medidas cautelares constituye una ingerencia, limitación o restricción de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la medida, estas deben observar irrestrictamente los siguientes principios:

a) Legalidad

Según este principio, tanto en el momento de solicitarse como al dictarse una medida coercitiva dentro de un proceso penal, resulta imprescindible que esta esté prevista y regulada por la ley. Debiendo entenderse por ley, no únicamente la penal o procesal penal, puesto que la medida puede estar contenida o autorizada por cualquier ley, sobre todo, las leyes procesales como el Código Procesal Civil o en otras leyes. En efecto, la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil establece que las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza. Con ello queda establecido que las disposiciones relativas a las medidas cautelares (ampliamente desarrolladas en dicho cuerpo normativo) resultan aplicables al Proceso Penal, no solo para regular la solicitud y ejecución de las medidas cautelares contenidas en las normas procesales penales, sino también para autorizar medidas cautelares que no están previstas en las normas procesales penales pero sí en las norma procesal civil, como las medidas cautelares anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. En este caso, si la medida se hubiera ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor pudiese deteriorarse por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación (art. 618º del CPC). Asimismo, el Juez puede dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada, cuando se trate de la protección del derecho a la intimidad, la imagen o la voz (art. 686º del CPC). Este principio está previsto expresamente en al artículo 253º.2 del Código Procesal Penal.

b) Jurisdiccionalidad

---

158 DÍAZ SOLIMINE, Omar Luis: ***"Medidas cautelares sobre automotores".*** Astrea, Buenos aires, 1999, p.16

Según este principio las medidas cautelares deben ser ordenadas por la autoridad judicial, a pedido del Ministerio Público, de la parte agraviada o de cualquier otra parte legitimada. Dada la especial afectación de los derechos de la persona a quien está dirigida la medida cautelar, se reserva al Juez la potestad de disponerla. Este criterio se expresa en el nuevo Código Procesal Penal (art. VI del Título Preliminar) y demás normas procesales que contemplan las medidas cautelares, como la ley 27379.

Sin embargo, se encuentran previstas algunas excepciones a la regla de la Jurisdiccionalidad, como en los casos de detención policial por delito flagrante (numeral 24, parágrafo f del art. 2º de la Constitución Política); o en los casos de exhibición e incautación de bienes, atribución otorgada también al Fiscal o a la propia Policía, conforme a lo previsto en el artículo 316º del Nuevo Código Procesal Penal.

El Código Procesal Penal recoge este principio, así como las excepciones al mismo, en su artículo 255º, en cuanto señala que "… *las medidas establecidas en este título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, solo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la ministración provisional de posesión que también podrán solicitarlas el actor civil".*

c) Instrumentalidad

Las medidas cautelares son instrumentales del proceso principal, esto es, tienen como objetivo servir de medio para asegurar la efectividad de la sentencia (art. 608º del CPC). En tal sentido, las medidas cautelares solo pueden ser ordenadas mientras se encuentre pendiente el proceso principal, o previamente a iniciar dicho proceso. Una vez dictada la sentencia, las medidas cautelares se extinguen, independientemente de si la pretensión ha sido estimada o no; salvo claro está, el mantenimiento de la medida hasta que se ejecute la obligación garantizada o se remate o adjudique el bien embargado, por ejemplo. O cuando concluya el proceso sin un pronunciamiento definitivo sobre el objeto de la medida cautelar (incautación, embargo, etc.) y deba iniciarse otro proceso al respecto (artículo 12°.5 de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1104).

El carácter instrumental de las medidas cautelares se encuentra regulado en el artículo 619º del Código Procesal Civil, que señala: *"Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, este requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito".*

d) Provisionalidad o variabilidad (revocabilidad)

Las medias cautelares son provisorias porque subsisten únicamente mientras duren las circunstancias que determinaron su imposición. Tienen un tiempo límite o máximo de duración; no necesariamente duran lo que dura el proceso. Incluso, antes que finalice el tiempo límite previsto por ley, pueden variar, debido a que se encuentran subordinadas a la permanencia de los presupuestos materiales que determinaron su imposición. Aquí se expresa la regla *rebus sic stantibus,* que significa que las medidas cautelares son susceptibles de modificación o variación a lo largo del proceso, en tanto varíen los presupuesto que ameritaron su imposición o rechazo. Por ello, si conforme al discurrir del proceso y la actuación de medios probatorios o el surgimiento de hechos nuevos, se determina que se ha intensificado o aminorado la inicial apariencia del derecho

invocado, ello dará lugar a la variación de la medida cautelar. La reforma o variación de las medidas cautelares puede disponerse de oficio o a solicitud de la parte interesada.

El artículo 255º.2 del Código Procesal Penal recoge este principio señalando: "Los autos *que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo".* A la vez que, también pueden solicitarse las medidas cautelares en el mismo proceso, aun después de haber sido rechazadas, siempre que se mantenga o presente el fundamento para su imposición. Este principio es asumido por el Código Procesal Penal en su artículo 303°.6.

e) Proporcionalidad

Este principio acoge tres sub principios: El de *adecuación*, por el cual la medida debe ser la más apta o idónea para alcanzar el fin legítimo del proceso; el de *necesidad*, por el cual el fin buscado por la medida no pueda ser logrado por otro medio menos gravoso; y de *proporcionalidad propiamente dicha*, esto es, el sentido de estricta ponderación de la medida entre los derechos afectados y los fines perseguidos. En virtud a este principio se deberá atender los fines del proceso y la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia así como el respecto de los derechos y garantías de los involucrados; se impondrá la medida más adecuada para garantizar las finalidades buscadas; y, debe ser impuesta la medida solo cuando resulte absolutamente indispensables y por el tiempo estrictamente necesario, debiendo priorizarse la medida menos gravosa a los derechos constitucionales del afectado. Este principio está previsto expresamente en el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 253º.2 del Código Procesal Penal.

f) Prioridad normativa

Como se ha indicado, en el proceso penal y particularmente en lo relativo a las medidas cautelares reales, resultan de aplicación las normas procesales civiles y las normas procesales penales. Ordinariamente, estando a que la pretensión principal (con la cual se da inicio al proceso) es la pretensión punitiva del Estado, se sostiene que las normas procesales penales deben aplicarse preferentemente en la relación procesal penal; y claro, ello resulta totalmente acertado en esta relación procesal, pues, las otras normas solo pueden aplicarse supletoriamente, en tanto y en cuanto se ajusten a la naturaleza de dicha relación procesal. Sin embargo, ello no es absoluto, puesto que como se sabe, en el proceso penal se pueden ejercitar diversas pretensiones además de la pretensión punitiva, tales como la pretensión asegurativa, la pretensión resarcitoria, la de decomiso, de medidas contra las personas jurídicas, la pretensión de nulidad y las diversas pretensiones cautelares; y claro, solo las dos primeras pretensiones tienen carácter penal, y las demás resultan más cercanas al Derecho civil, al Derecho administrativo o a otras ramas del Derecho. Consecuentemente, tratándose de pretensiones distintas a las penales, como la resarcitoria, de nulidad y la propia pretensión de decomiso, las normas especiales o específicas a aplicarse no resultan ser las procesales penales o las penales, sino más bien las civiles de naturaleza patrimonial. En tal sentido, consideramos que en general, a efectos de las medidas cautelares como las que estamos tratando, resultan prioritarias las normas procesales civiles; no obstante, en la incautación, que tiene como fin asegurar la concreción del decomiso, que es una medida propia del Derecho penal, se puede seguir manteniendo la prioridad de las normas procesales penales, más aún, si tenemos en cuenta que la incautación no es considerada como medida cautelar en la legislación procesal civil.

2.2.3. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la imposición de las medidas cautelares se requiere que se cumplan determinadas condiciones o requisitos, sin los cuales la medida será desestimada o será nula. Especialmente se requiere de la debida motivación de la resolución que la dispone, la misma que deberá consignar con claridad los elementos de convicción que la sustentan; con ello, a la vez, se hace referencia a la jurisdiccionalidad de la medida. Se deja a salvo, sin embargo, los casos de urgencia en que pueden disponerla el Fiscal o ejecutarla la propia Policía con cargo a la confirmación por el órgano jurisdiccional, al cual se le deberá comunicar de inmediato. Particular importancia reviste la existencia del llamado *fumus boni iuris,* del *periculum in mora* y la contracautela.

a) Fumus boni iuris o apariencia del derecho.

Referido a la apariencia o verosimilitud del derecho, esto es, el derecho del Estado u otros sujetos legitimados a imponer o lograr la concreción de las consecuencias jurídicas del delito, especialmente las consecuencias patrimoniales, indemnización o resarcimiento, pena de multa, el decomiso, las medidas contra las personas jurídicas y eventualmente la nulidad de ciertos actos jurídicos; así como también las costas procesales. No se trata de la comprobación de la existencia del derecho, es suficiente con una apariencia o verosimilitud. CALAMANDREI señala que: "La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o para decirlo con mayor claridad, basta que, según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad"[159].

SERRA DOMÍNGUEZ, coincidiendo con Calamandrei, sostiene que, presupuesto de la medida cautelar no es en sí la "existencia", sino la "apariencia" del derecho. Sin embargo, se distancia del autor italiano, respecto a que la cognición cautelar se limite a un juicio de probabilidades, al expresar que el juicio jurisdiccional sobre las medidas cautelares no difiere cualitativamente del juicio de fondo, por lo que manifiesta su desacuerdo en aplicar a las medidas cautelares "juicio de probabilidad y de verosimilitud"; pues, afirma, que en el ámbito humano, al no existir la certeza absoluta, tanto uno como otro juicio, se resuelven en definitiva en juicios de probabilidad[160].

Por nuestra parte, asimilamos las ideas de Calamandrei, que en este momento constituyen criterio mayoritario, tal como refiere ARANGÜENA FANEGO, quien luego de un minucioso análisis concluye que la expresión "juicio de probabilidad y verosimilitud" resulta útil y acertada

---

159 CALAMANDREI, Piero. "*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares".* Ara Editores, Lima, 2005, Pág. 40 y 41.

160 ARANGUENA FANEGO, Coral, "*Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal".* Ed. Bosch, Barcelona, 1991, p. 23.

con el fin de marcar terminológicamente las diferencias que median entre el grado de conocimiento que caracteriza a una medida cautelar (probabilidad) y el necesario para poder dictar la resolución definitiva (certeza).

b) Periculum in mora o peligro en la demora

Referido a la posibilidad de que, de no disponerse y ejecutarse la medida, se corre el riesgo de que efectivamente se concrete la acción defraudatoria, de ocultamiento o de fuga, que se pretende evitar, con el consecuente daño a la administración de justicia, al agraviado o a las demás partes procesales. Debe tratarse de un supuesto en que la demora del proceso constituye propiamente un peligro inminente del daño que se quiere evitar. Esto es, que se pueda afectar de modo irreparable la pretensión punitiva, la pretensión resarcitoria, la de decomiso, o la de nulidad ejercitadas en el proceso penal. Es decir, que de no dictarse la detención el sujeto pudiese darse a la fuga, o que de no asegurarse los bienes, instrumentos, efectos o ganancias del delito, estos pueden ser dispuestos u ocultados, desapareciéndolos o alejándolos de la administración de justicia.

El *periculum in mora* determina el carácter de urgencia de la medida, pues de tratarse de asuntos normales, la medida cautelar no se justificaría. CALAMANDREI sostiene que es condición típica y distintiva de las providencias cautelares, la "eminencia del peligro". Explica este autor, que la expresión "providencias de urgencia", se refiere a aquellos casos en que la providencia jurisdiccional, si quiere alcanzar su objeto, debe ser dictada *"sin retardo"*[161]*;* en este sentido dicho autor refiere que el *periculum in mora* constituye la base de las medidas cautelares. El peligro en la demora no es el "peligro genérico de daño jurídico", sino específicamente el peligro del "ulterior daño *marginal"* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva[162].

Por su parte ARANGÜENA FANEGO, acertadamente refiere que: "… la urgencia coimplica una consecuencia inmediata, y es la de que acuerde la medida cautelar lo más rápidamente posible; es decir que se sustancie su concesión u otorgamiento, por el procedimiento más acelerado que fuere factible"[163]. En sentido similar se pronuncian Monroy Gálvez y Monroy Palacios[164].

c) ¿Contracautela?

Conforme lo estipula el artículo 621º del Código Procesal Civil, si se declara infundada la demanda, cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, quien lo solicitó (titular de la medida) pagará las costas y costos del proceso cautelar, es decir del costo que implicó imponer la medida; asimismo, deberá pagar una multa, y de ser el caso la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Igualmente, conforme al artículo 622° de dicho cuerpo legal, el peticionante

---

161 CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares,* Ara Editores, Lima, 2005, Pág. 40,41.

162 ***Ob. Cit.*** Pág.42.

163 ARANGUENA FANEGO, Coral, *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal,* Ed. Bosch, Barcelona, 1991.

164 MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, *Sentencia Anticipada,* Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2000, Pág. 189-190.

de la medida cautelar es responsable solidario con el órgano de auxilio judicial (depositario) por deterioro o pérdida del bien afectado con la medida cautelar. Para asegurar estas responsabilidades pecuniarias del titular de la medida cautelar respecto al daño que puede ocasionar la ejecución de la medida, resulta pertinente exigir como presupuesto de la medida, la llamada ***contracautela.*** Este criterio es incuestionable en el proceso civil, y también deberá aplicarse en el proceso penal, conforme a la nueva normativa procesal.

Tratándose de la ***medida cautelar de incautación*** con fines de decomiso, no será necesaria ninguna contractuela ofrecida por quien solicite la medida, puesto que se trata de supuestos en que existen suficientes elementos de convicción o pruebas, en el sentido de que los bienes o derechos afectados constituyen efectos o ganancias del delito, sobre los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce titularidad alguna a la persona afectada con dicha medida, o de instrumentos del delito respecto de los cuales su titular ha perdido el derecho real que hubiera tenido, por ejercicio contrario al derecho; y por tanto, propiamente no se puede afectar derecho real que no existe. Más aún, en estos casos, el peticionante de la medida cautelar será siempre el Fiscal o el Procurador Público correspondiente, los mismos que están exonerados de prestar contracautela por las normas anotadas precedentemente.

2.2.4. FUNCIONES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

La función de la medida cautelar real es evitar actuaciones perjudiciales que impidan la *efectividad de la sentencia* en relación con las consecuencias jurídico-económicas del delito. La medida cautelar tiene doble objeto, por un lado defiende los derechos subjetivos, garantizando su *eficacia,* y de otro consolida la seriedad y eficacia de la función jurisdiccional.

Entre las medidas que cumplen esta función cautelar están:

- *El embargo* (art. 302° y ss) vinculado al aseguramiento del pago de la pena de multa, la reparación civil y las costas.
- *La orden de inhibición* (art. 310°), que impide realizar actos de disposición o de gravamen sobre bienes sujetos al pago de la reparación civil o sujetos a decomiso.
- *Anotación preventiva* (art. 15°.1, del Código Procesal Penal y art. 673° del Código Procesal Civil), que busca publicitar la existencia del proceso o la demanda, a fin de descartar la supuesta buena fe que podrían alegar los terceros adquirentes.
- *La incautación* con fines de decomiso (art. 316° y ss) de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, así como de los demás bienes y activos establecidos por la ley (D. Leg. N° 1104).
- *Medida cautelar genérica* no prevista (art. 629° y 1ª Disposición final del Código Procesal Civil), para asegurar de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.
- *Medida de no innovar***,** prevista en el artículo 687° del Código Procesal Civil. Por esta se busca mantener los hechos en el estado en que se encuentran al momento en que se solicita la medida.

Tanto el D. Leg. 959, así como el Código Procesal Penal, normas que resultan concordantes con el artículo 200° del Código Civil, establecen la procedencia de las medidas cautelares orientadas a evitar perjuicios irreparables a los agraviados (acreedores) en el proceso penal, especialmente hacen referencia a la anotación preventiva de la demanda de nulidad. Con lo cual no se quiere decir que estas medidas procedan solo cuando se ejercita la acción anulatoria

de actos de disposición fraudulenta en el proceso penal, por el contrario, pueden solicitarse y disponerse, precisamente, para evitar los actos de disposición o gravamen, y por tanto, ya no habrá necesidad del ejercicio de la acción anulatoria. Asimismo, pueden interponerse una vez que se ha logrado la nulidad de los actos de disposición o gravamen fraudulentos, precisamente para garantizar que ya no se vuelva a dispones o gravar los bienes que garantizan el pago de la reparación civil, o de bienes o activos que eventualmente pudieran se materia de decomiso.

Estas medidas, a diferencia de las personales que están dirigidas contra la persona del investigado o procesado, constituyen afectaciones sobre objetos, bienes o efectos vinculados al delito o al agente del mismo; aún cuando en su gran mayoría afectan al patrimonio del imputado o del tercero civil, en ciertos casos no necesariamente están referidas al patrimonio de éstos, tal como en el supuesto de la incautación. Tienen por objeto impedir que se realicen determinadas actuaciones perjudiciales para ciertos sujetos procesales durante la pendencia del proceso. Además de las medidas cautelares, hay otras que cumplen una función asegurativa de la prueba y otras que cumplen una función tuitiva.

Las medidas de coerción reales cumplen una función de protección cautelar de las consecuencias jurídico económicas del delito, no solamente desde la perspectiva de las personas naturales sino también de las Personas Jurídicas. Al respecto vale recordar que en el ámbito de la Política Criminal contra la criminalidad organizada y la criminalidad económica de los últimos tiempos, se está diseñando una estrategia de prevención con sanciones de tipo patrimonial contundentes, buscando impedir al autor de los delitos, toda posibilidad de beneficiarse con el producto de los mismos.

El comiso, las consecuencias accesorias para las personas jurídicas, la multa y la reparación civil, aunque respondan a distintos fundamentos, en definitiva se asocian a esta finalidad común.

2.2.5. CADUCIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Consecuencia de la provisionalidad (temporalidad) y carácter instrumental de la medida cautelar, es su sujeción al proceso principal que deberá incoarse luego de trabada la medida; sin embargo, dicho proceso, como todo proceso judicial, deberá concluir en un plazo razonable, en observancia del derecho al debido proceso, sobre todo cuando el mismo afecta derechos fundamentales, como el caso de afectación de bienes con medidas cautelares; por ello mismo, la medida cautelar, sea personal o real, no puede mantenerse indefinidamente, por el contrario, quedará sujeta a un plazo de caducidad razonable, transcurrido el cual deberá quedar sin efecto de pleno derecho.

Esta situación está prevista con toda claridad en el artículo 625° del Código Procesal Civil, el mismo que establece que toda medida cautelar caduca a los dos años contados desde la conclusión del proceso principal en el cual se ampara la pretensión asegurada con la medida cautelar. Esto es, a los dos años de que concluye el proceso declarando fundada la demanda en la que se discutió la pretensión asegurada con la medida cautelar. En el caso del proceso penal, a los dos años en que concluya el proceso, mediante sentencia firme, amparando la reparación civil, o en su caso imponiendo la pena de multa o la determinación de costas procesales, o establecido el decomiso. Si transcurridos los dos años posteriores a ello, el embargo o cualquier otra medida no se hubiera ejecutado, el mismo se levantará de pleno derecho. Lo cual implica que el Juez pueda

dictarlo de oficio o a simple solicitud de la parte interesada, sin necesidad de oír al beneficiado con la cautela, bastando para ello comprobar el cumplimiento del plazo establecido por ley.

Asimismo, establece la norma procesal civil, que independientemente, del curso o destino del proceso principal (en el que se discute la pretensión asegurada), la medida cautelar caduca de pleno derecho a los ***cinco años*** contados a partir de que esta es trabado o ejecutado. En este caso, sin embargo, si el proceso principal no hubiera concluido, el Juez a pedido de parte, puede pedir la reactualización de la medida; dicha decisión requiere de nueva ejecución cuando se trate de una medida que deba inscribirse en los Registros Públicos.

De otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 636° del Código Procesal Civil, si la medida se ejecutara antes de iniciado el proceso principal (en el caso del proceso penal, antes de iniciada la investigación preparatoria), el beneficiario debe interponer su demanda dentro de los 10 días posteriores a dicho acto. De no interponerse la demanda dentro de este plazo o si fuera rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. En el proceso penal, la demanda puede estar referida al ejercicio de la pretensión resarcitoria, sea por el actor civil o por el Fiscal, o también a la demanda de nulidad de actos de disposición o gravamen de bienes sujetos al pago de la reparación civil. Igualmente, puede referirse a la solicitud de aseguramiento de las demás consecuencias pecuniarias del delito.

Finalmente, debemos precisar que, en el proceso penal, en el caso de la ***incautación*** (aun cuando esta participa de todas las características de las medidas cautelares) por tratarse de una medida vinculada exclusivamente a consecuencias vinculadas al delito y no tener un tratamiento específico en el proceso civil, pueden observarse algunos criterios particulares; puesto que en cuanto a los bienes o derechos materia de incautación, existen suficientes indicios de que sus detentadores no son propiamente titulares de los mismos; por el contrario, su posesión revestiría naturaleza delictiva, o en todo caso, los bienes tendrían origen delictivo. Consecuentemente, la afectación a los supuestos derechos de los afectados con la incautación, constituye una situación especial. Siendo así, lo dispuesto en el Código Procesal Civil respecto a las medidas cautelares no le resultaría aplicable. En tal virtud, los plazos de caducidad de la medida anotados en el presente rubro no serán de aplicación a la incautación, pudiendo extenderse los mismos razonablemente, conforme a las necesidades y funcionalidad de la medida.

2.3. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA INCAUTACIÓN EN EL PROCESO

Aún cuando no hay definiciones consensuadas respecto a esta institución, (existiendo únicamente criterios elaborados a partir de las particularidades de cada legislación de los diferentes países), creemos que a partir de la propia gestación del Código Procesal Penal y de las demás normas que se refieren a la incautación[165], se puede definir su naturaleza jurídica y

[165] Los convenios y normas que se refieren a la *incautación* a los que nos referimos, entre otros, son:
- Convención de Viena, relativa a la proscripción del TID y Lavado de dinero.
- La Convención de Estrasburgo, sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito.
- Convención de Palermo, Convención contra la delincuencia organizada transnacional.
- El Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el TID y otros delitos graves.
- Otros convenios internacionales.

fundamento, sobre todo, a partir del artículo 316°.3 del Código Procesal Penal, el mismo que indica que para dictar la medida de incautación se deberá tener en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102° y 103° del Código Penal, los cuales están referidos exclusivamente al decomiso y nada tienen que ver con el secuestro o con alguna otra medida de carácter procesal vinculada a los fines de investigación del delito.

Lamentablemente, en nuestro medio, todavía existen doctrinas erradas que confunden la incautación con el secuestro y les dan el mismo tratamiento, como si se tratara de una misma institución jurídica; estas doctrina han tenido influencia en la configuración de las normas procesales penales (especialmente en el Código Procesal Penal), a la vez que siguen teniendo injerencia en la jurisprudencia y en la formulación de los Acuerdos Plenarios supuestamente vinculantes, como el ***ACUERDO PLENARIO N° 5–2010/CJ–116,*** del 16 de noviembre del 2010 (***FJ: 7 a 15).*** Esta doctrina que erróneamente se ha plasmado en los artículos 218° a 234° del Código Procesal Penal, así como medianamente en los artículos 316° a 320° del mismo cuerpo legal, ha generado una confusión total en la aplicación de este articulado del Código, pues al atribuirles el mismo fundamento y función al secuestro y a la incautación en el proceso penal, ha determinado que se distorsione el contenido y aplicación del secuestro y pierda totalmente su funcionalidad dentro del proceso; pues, al haberse dispuesto que el secuestro tenga que ser necesariamente dispuesto por el Juez y, si hubiese sido ejecutado por la Policía y el Fiscal en casos de urgencia, deba ser necesariamente confirmado por el Juez para recién tener efectos procesales, contradice totalmente el sistema acusatorio plasmado en la referida norma procesal, que deja a cargo del Fiscal la primera etapa del proceso penal (Investigación Preparatoria); pues, le niega la posibilidad de realizar de modo oportuno y eficaz una de los principales actos de investigación como es el acopio de pruebas materiales; con lo cual a la vez, frustra la realización de una investigación adecuada, con lo cual se propicia la impunidad (como en efecto está sucediendo en todos los lugares en que está vigente el Código Procesal Penal); en tal sentido, desde aquí abogamos por la pronta modificación del Código Procesal Penal en este aspecto[166].

Estas doctrina erradas pretenden sustentarse en la autoridad de autores como LEONE o CLARIÁ OLMEDO, sin embargo, resulta evidente que estos autores desarrollaron sus ideas en

---

Igualmente, en la legislación nacional se habla de incautación especialmente en el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado; igualmente en:

- Ley de lavado de activos, Decreto Legislativo Nº 1106, y leyes previas como la Ley N° 27765.
- Ley de Delitos Aduaneros, Nº 28008.
- Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del delito, Nº 27934. Derogado por el D. Leg. N° 989.
- Ley Nº 27652. Sobre recusación de Magistrados.
- Ley Nº 27938. Sobre uso de bienes incautados en casos de delitos de Secuestro y contra el Patrimonio, Derogada por el D. Leg. N° 988.
- Ley Nº 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares
- Decreto Ley Nº 22095
- Código Penal: Art. 102º (Modificado por el D. Leg. 982); Art. 401° – B. Art. 221° (Delitos contra los Derechos de autor), y artículo 231° (Delitos contra los bienes culturales).

166 En efecto, en el marco del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que se viene elaborando por disposición de la Fiscalía de la Nación, ya se ha advertido este defecto de la norma procesal, y se está tratando de corregir desde las disposiciones orgánicas del Ministerio Público (Facultades y atribuciones de los Fiscales Provinciales Penales).

una época y unas circunstancias en que todavía no se había evidenciado la necesidad de privar del producto del delito a los agentes delictivos y especialmente a las organizaciones criminales, más allá de la afectación de bienes con simples fines de esclarecimiento de los hechos (secuestro); obviamente en este momento no se vislumbraba la diferencia entre la necesidad de concretar el decomiso en los procesos penales con la consecuente implementación de la correspondiente medida cautelar para asegurar la pretensión de decomiso y la implementación del secuestro con fines investigativos; lo que a la fecha se ha convertido en una necesidad impostergable y ha quedado plasmado en los convenios internacionales y en la mayoría de normas de los respectivos estados suscriptores de tales convenios.

En efecto, en todos los instrumentos o normas internacionales, se hace referencia a la ***incautación,*** como medida cautelar que afecta a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, considerándola como medida cautelar orientada a asegurar el decomiso de dichos bienes o efectos; no atribuyéndole a la incautación fines propios de la investigación o del esclarecimiento de los hechos; lo que dejan a cargo del ***secuestro,*** al cual en todo caso lo llama con otro nombre pero siempre diferenciándolo de la incautación[167].

---

[167] Esta teoría, a nuestro juicio errada, es particularmente sostenida por SAN MARTÍN CASTRO (***Ob. Cit.*** p. 595 y con cita de LEONE), quien habla de ***secuestro cautelar*** y de ***secuestro instrumental*** refiriéndose al primero como la afectación de los instrumentos y efectos del delito, y al segundo como la afectación de las cosas que tengan relación con la prueba del delito, ya se trate de cosas sobre las que recayó la acción delictiva u otras de relevancia probatoria. Este criterio errado ha sido trasladado al Código Procesal Penal, del cual este autor fue su principal promotor.

Asimismo, SAN MARTÍN CASTRO (2003; p. 583 con cita de Clariá Olmedo), también señala: "La incautación o secuestro consiste en la aprehensión y retención de bienes relacionados con el hecho que se investiga, e implica que se priva al poseedor de su tenencia y que quedan en custodia a disposición del Tribunal".

Estos criterios a su vez han sido plasmados en el *ACUERDO PLENARIO N° 5–2010/CJ–116*, del 16 de noviembre del 2010 (*FJ: 7 a 15),* en el que textualmente se sostienen sus FJs. 11, 12 y 14: *"La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria (…) En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el art. 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. (…). Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (art. 317° NCPP).*

La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía motu proprio o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal. (…). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva- (…).

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

Este criterio plasmado en las normas internacionales, ya estaba previsto en nuestras normas nacionales, en las que igualmente, se hace referencia a incautación como medida cautelar orientada el decomiso de instrumentos, efectos o ganancias del delito, diferenciándola de la medida coercitiva dictada con fines propios de la investigación; esto se aprecia ya en el artículo 71º concordante con el 59º del Código de Procedimientos Penales, relativo a la actuación de la Policía Judicial, en donde se establece que la Policía Judicial pondrá a disposición de los jueces a los responsables de los delitos o faltas, con ***"los elementos de prueba y efectos que se hubiesen incautado";*** con lo que claramente diferencia a ambas medidas (secuestro –elementos de prueba- e incautación –efectos-). Recién el Código Procesal Penal de 1991 (que no entró en vigencia real), habló de secuestro como sinónimo de incautación generándose la confusión que aparece en el Código actual, aun cuando en este último se ha evitado hablar de secuestro, manteniéndose el término incautación para todos los casos, tanto para los que se trata propiamente de "incautación" así como para los que realmente se trata de "secuestro".

No obstante lo dicho, creemos que con el tratamiento dado a la incautación por normas recientes como el Decreto Legislativo N° 982 y los Decretos Legislativos N° 1104 y 1106, relativos a la Pérdida de Dominio y al Delito de Lavado de Activos; así como también los Decretos Legislativos N° 983, N° 986, N° 988, N° 989 y N° 992, se puede apreciar nítidamente su fundamento y finalidad cautelar. Y claro, las normas del Código Procesal Penal que resultan aplicables a la incautación son los artículos 316° a 320° descartándose la aplicación de los artículos 218° a 234 del mismo cuerpo procesal, reservándose estos últimos para el ***secuestro.*** Asimismo, también deberá descartarse el contenido del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, en cuento trate a la incautación y al secuestro como una misma institución.

En este sentido, y tomando en cuenta en parte, lo dispuesto por el artículo 316°.1 del Código Procesal Penal, podemos definir a la ***incautación*** como la *medida cautelar real* dictada sobre bienes o activos, que se presume, constituyen ***objetos[168], instrumentos, efectos o ganancias del delito,*** para asegurar la concreción de su decomiso. Asimismo, también puede recaer sobre ***los bienes de las organizaciones delictivas o sobre los bienes de propiedad del agente por un valor equivalente al de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, que hubiese transferidos a terceros de modo definitivo o los mantuviese ocultos***, con la finalidad de asegurar su decomiso, llegado el momento. En otras palabras, es la medida cautelar dictada o ejecutada con la finalidad de asegurar el decomiso de instrumentos, efectos y ganancias del delito[169].

En el caso de los ***instrumentos,*** tal como se ha dicho con anterioridad, la incautación se concreta con la finalidad de asegurar la privación de los medios u objetos con los cuales se ha

---

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".

168 En anteriores trabajos no hemos considerado a "objetos del delito" como materia de la incautación, sin embargo, tal como lo hemos señalado al tratar el decomiso de "objetos del delito", dichos objetos, en casos excepcionales, pueden ser materia de decomiso, y por lo tanto, previamente pueden ser materia de incautación.

169 En el mismo sentido se pronuncia SAN MARTÍN CASTRO: ***"Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación".*** *Ius et Veritas* (Revista de los Estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica), Nº 19. p. 245; donde también constata el nivel de confusión existente entre la incautación y el secuestro, y considera a la incautación como secuestro cautelar, en contraposición, al secuestro propiamente dicho, al cual lo llama secuestro instrumental.

cometido el delito, y cuya posesión o tenencia en poder del agente del delito o eventuales terceros, implica un peligro que es necesario evitar. Y en el caso de ***efectos y ganancias*** del delito, la incautación se concreta porque se presume que el detentador de estos no tiene titularidad alguna sobre los mismos, por el contrario, la posesión de estos por parte de los agentes del delito significa una situación de ilicitud o contravención al propio Derecho, y por ello es necesario asegurar su decomiso; pues, el Estado, como una medida de protección del ordenamiento jurídico o profilaxis jurídica, debe intervenir estos bienes, tomando posesión o asumiendo la titularidad de los mismos, privándolos de ellos a los agentes del delito o eventuales detentadores.

Consecuentemente, la incautación no cumple propiamente fines de investigación; los bienes afectados con la incautación no tienen una utilidad para el esclarecimiento de los hechos; si estos resultaran útiles, en buena hora, pero en principio, ello no es la razón por la cual se realiza la incautación. Si los bienes materia de incautación pudieran servir como elemento o fuente de prueba para la investigación y procesamiento del delito, será necesario disponer su secuestro, en cuyo caso se levantará un acta de *secuestro e incautación* y de este modo se aprovechará la utilidad probatoria de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito. Es por ello que pueden incautarse bienes o derechos que nada tengan que ver con los fines de la investigación o del proceso pero que constituyen efectos o ganancias del delito. Si se asumiera el criterio de equiparar la incautación con el secuestro, y se tomara como fundamento, su utilidad en la investigación, los bienes que no revisten interés para el esclarecimiento de los hechos, no podrían incautarse, con lo que se dejaría a salvo el patrimonio criminal de los agentes delictivos, aun cuando la calidad de efectos de ganancias del delito, quedase debidamente esclarecida.

Debe precisarse que pueden ser objeto de incautación cualquier tipo de bienes y derechos, mereciendo destacarse que si se tratara de bienes muebles, la incautación se concretará con la ***aprehensión*** y toma bajo custodia, mientras que si se tratara de inmuebles, se realizará a través de la ***ocupación*** por parte de la autoridad, con la correspondiente desposesión al detentador o poseedor de los mismos, concretándose además con la respectiva inscripción en los registros correspondientes.

2.4. OBJETO DE LA INCAUTACIÓN

Como ya se ha indicado con toda claridad, constituyen materia u objeto de la incautación, todos los bienes, derechos, cosas u otros elementos susceptibles de decomiso; esto es, todo lo que constituya objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito. Aun 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 Decreto Legislativo N° 982, queda claro que también se comprende a estas; esto queda más claro aún, con las disposiciones de la última Ley de Pérdida de Dominio y la nueva Ley de Lavado de Activos (Ds. Legs. 1104 y 1106, respectivamente)[170].

[170] GRACIA MARTÍN: En el Prólogo al libro ***"Las consecuencias jurídico-económicas del delito"*** de José Luis CASTILLO ALVA; Idemsa, Lima, 2001, así como este último, expresaban su criterio categórico en el sentido de que las ganancias no estaban comprendidas en el decomiso, y por tanto tampoco podían ser materia de incautación; claro que estos criterios fueron esbozados antes de la dación de las últimas normas que aclaran el panorama.

Asimismo, también constituyen objeto de la incautación (puesto que son materia de decomiso), ***los bienes y activos de las organizaciones criminales***, así como también los ***bienes de la titularidad del agente del delito***, cuando existan suficientes elementos de convicción de que con el delito se han obtenido bienes o activos significativos y, sin embargo, el agente los mantiene ocultos o los ha transferido a tercero de modo definitivo (el tercero ha actuado de buena fe y a título oneroso); o también cuando los ha destruido, sobre todo, con la finalidad de evitar que se conozca el origen de los bienes o activos; en estos casos se trata del decomiso por valor equivalente, y por ello previamente se deberá dictar la incautación, sea en la investigación o proceso penal o en un proceso de pérdida de dominio. Finalmente, también pueden incautarse bienes de origen lícito que se han ***mezclado o confundido*** con bienes de origen delictivo y resulten indiferenciables o formen un todo indivisible. En este caso, inclusive, pudiese ser que los bienes de origen lícito se hubiesen utilizado con la finalidad de blanquear los de origen delictivo, en cuyo caso, serán considerados como medios o instrumentos del delito, y en tal calidad se producirá su incautación.

Pero claro, todos estos elementos, bienes u objetos de incautación (con fines de decomiso), serán todos aquellos susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o el dinero; en general todos aquellos sobre los cuales pueda surgir cualquier derecho real o titularidad patrimonial; asimismo, se comprende dentro de los objetos de incautación a los frutos de los efectos, ganancias o productos del delito. De este modo, quedan descartados como objetos de incautación aquellos elementos sin valor económico o patrimonial, y si nos encontramos ante este tipo de elementos, solo podrán ser materia de secuestro, siempre que tengan alguna utilidad para el esclarecimiento de los hechos.

2.5 EFECTOS DE LA INCAUTACION SOBRE EL OBJETO, BIEN O ACTIVO INCAUTADO

Como se ha indicado, la incautación se realizará cuando exista suficientes elementos de convicción de que nos encontramos frente a objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, respecto de los cuales el agente o eventual tercero no tiene derecho real alguno, pese a que se trata de bienes y objetos sobre los cuales es posible reconocer derechos o titularidades[171]. En tal sentido, con la incautación, si bien provisionalmente, se está desconociendo todo posible derecho real que pudiera tener el afectado o detentador de los bienes o activos; en buena cuenta se está asumiendo de que este no tiene la propiedad del bien o activo afectado. Por ello mismo, transitoriamente se pone en tela de juicio toda titularidad del afectado sobre el bien afectado. Ello lleva a que la autoridad competente aprehenda, tome posesión u ocupe el bien, sea mueble o inmueble o de otro tipo, quedando impedido, el afectado, de ejercer todo derecho sobre el bien; sobre todo, queda impedido de realizar actos de disposición o de gravamen.

Siendo así, resulta claro que el efecto de la incautación sobre el bien incautado, radica en que priva al afectado de realizar todo acto de posesión, disposición, disfrute, gravamen o cualquier otro que signifique ejercicio de cualquier derecho real. Ello queda claramente determinado con el contenido de la Sexta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 1104 (Ley de Pérdida de Dominio) que establece: *"Queda prohibida toda*

[171] Ver fundamentos al respecto, en el punto Decomiso y Derecho de Propiedad de este mismo trabajo.

anotación o inscripción de actos o contratos con posterioridad a la medida de incautación o decomiso ordenada por la autoridad judicial, quedando la partida registral bloqueada".

Realizar esta precisión resulta importante, porque de este modo se diferencia a un bien incautado de uno secuestrado, respecto del cual no entra en discusión la propiedad o posesión del afectado, y por tanto, su titular puede disponer, gravar o realizar cualquier acto referido al ejercicio de sus derechos mientras el bien permanezca secuestrado.

2.6 MOMENTO EN QUE DEBE REALIZARSE O DISPONERSE LA INCAUTACIÓN Y AUTORIDADES QUE LA DISPONEN O EJECUTAN

La incautación puede ser realizada durante las primeras diligencias o en el curso de la investigación preparatoria por la Policía o por el Ministerio Público, siempre que exista peligro en la demora; esto es, cuando la urgencia del caso lo amerite, particularmente en los supuestos de delito flagrante, en que se hallan o descubren los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito; tal como lo establece el artículo 316º del Código Procesal Penal. En este caso, la Policía puede realizar la incautación por propia iniciativa, dando cuenta de inmediato al Fiscal, quien a la vez solicitará la confirmatoria de parte del Juez de la investigación preparatoria. Asimismo, también en las diligencias previas o en delito flagrante, la Policía puede realizar la incautación por disposición del Fiscal, a la vez que también puede realizarla el propio Fiscal.

Durante la investigación preparatoria, igualmente, la incautación la realiza la Policía por disposición del Fiscal o el propio Fiscal cuando se descubren o encuentran los objetos, instrumentos o productos del delito (efectos y ganancias); pero claro, siempre que se trate de casos de urgencia, en los que de no realizarla se corra el riesgo de que los instrumentos, efectos o ganancias del delito desaparezcan, sean ocultados o el agente disponga de ellos de modo definitivo, frustrándose la posibilidad de la concreción de la incautación y el decomiso. En todos estos casos, el Fiscal de inmediato solicitará la confirmación del Juez de la Investigación Preparatoria. Si no existiera peligro en la demora el fiscal debe solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que expida la medida de incautación, y la realizará el Fiscal conjuntamente con la Policía, una vez dispuesta por el Juez. También tendrá que disponerla el Juez de la investigación preparatoria cuando, pese a la urgencia, no sea posible realizar la incautación por oposición del afectado o porque los objetos, instrumentos o productos del delito permanecen ocultos o en lugar privado (cerrado) al cual no puede ingresar el Fiscal sin autorización de su titular o del Juez.

De otro lado, aun cuando conforme al Código Procesal Penal, la incautación solo puede realizarse durante las primeras diligencias o durante la investigación preparatoria, conforme al artículo 4° inciso c) de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1106), también puede realizarse durante la etapa intermedia, puesto que esta norma establece que para que opere la acción de pérdida de dominio (decomiso fuera del proceso penal) los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los demás bienes y activos que pueden decomisarse conforme a ley, deben descubrirse con posterioridad a la etapa intermedia, lo cual significa que si se descubriesen durante esta etapa, procede el decomiso en el propio proceso penal y por tanto la incautación se realizará dentro de este proceso. Obviamente ello resulta razonable, puesto que durante esta etapa del proceso penal el Fiscal puede presentar escrito a través del cual modifica, aclara o integra la acusación; a la vez que las partes pueden presentar las pruebas respectivas, así

como también el Juez de la Investigación Preparatoria puede devolver la acusación al Fiscal para que realice un nuevo análisis. En estas condiciones, consideramos que no existe inconveniente para insertar la pretensión de decomiso en la acusación y comprender los bienes o activos incautados en dicha acusación, teniendo las partes todas las posibilidades de ejercitar su derecho de defensa. Aun cuando esto no es lo ideal, ello resulta posible por mandato de la ley, y claro los inconvenientes no son significativos.

En los casos en que durante la investigación ya se hubiese conocido de la existencia de los objetos, instrumentos (medios), efectos y ganancias del delito y se hubiese ejercitado la pretensión de decomiso solicitándose la incautación, pero esta no se hubiese ejecutado por razones ajenas al Fiscal, la pretensión de decomiso ya deberá estar comprendida en la acusación, por lo que no habrá problema alguno para realizar o ejecutar la incautación en la etapa intermedia; en este caso, inclusive puede concretarse la incautación durante el desarrollo del juicio, puesto que ya se trata de una pretensión comprendida en la acusación y es materia de debate en el contradictorio. Sin embargo, en este último caso, no será el Juez del Juicio quien disponga la incautación, pues, esta ya habrá sido dispuesta por el Juez de la Investigación Preparatoria.

De otro lado, en los casos seguidos conforme al antiguo Código de Procedimientos Penales, la incautación será dispuesta y realizada durante la investigación preliminar a cargo de la Policía Nacional o del Fiscal o durante la etapa de instrucción (sin que pueda realizarse durante la etapa intermedia, puesto que en este procedimiento, no se aprecia claramente la existencia y operatividad de dicha etapa; por ello el inciso c) del artículo 4° de la Ley de Pérdida de Dominio en actual vigencia, estipula que dicha acción real solo procederá luego de concluida la etapa de instrucción, lo que implica que en el proceso penal la pretensión de decomiso solo podrá incorporarse en el proceso penal en la etapa de instrucción, y por tanto, su medida cautelar (la incautación) solo podrá solicitarse, disponerse y ejecutarse en esta etapa procesal. Distinto será el supuesto en que ya se hubiese ejercitado la pretensión de decomiso, y la incautación ya se hubiese ordenado o dispuesto, en cuyo caso, puede ejecutarse la incautación sin problema alguno durante el juicio oral. En tal sentido, el literal b) del artículo 94° del Código de Procedimientos penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 983, del 22 de julio del 2007, que establece que el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Público, o de la parte civil (en este caso el Procurador Público) podrá disponer la incautación ***en cualquier estado del proceso,*** debe de interpretarse conforme a los criterios establecidos en la nueva legislación a la que hemos hecho referencia, descartándose que la incautación pueda disponerse en cualquier estado del proceso, pudiendo realizarse únicamente en la etapa de instrucción, tal como lo estipula el Decreto Legislativo N° 1104.

Si los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, o los demás bienes materia de decomiso (bienes de las organizaciones criminales; bienes lícitos por valor equivalente a los materia de decomiso transferidos, ocultados o destruidos; y, bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo) se descubrieran o encontraran con posterioridad a la etapa intermedia o concluida que sea la etapa de instrucción (proceso conforme al Código Procesal Penal y Código de Procedimientos Penales, respectivamente), el decomiso se realizará a través de la acción real autónoma conocida como ***acción de pérdida de dominio,*** esto es, en un proceso distinto al proceso penal; en cuyo caso la incautación también se realizará en el marco de este proceso, sujeto a la Ley de Pérdida de Dominio; lo mismo sucederá cuando por cualquier causa no sea

posible iniciar o continuar el proceso penal, o cuando este hubiese concluido sin haberse desvirtuado la calidad de bien decomisable de los bienes incautados en dicho proceso, o también cuando los bienes o activos materia de decomiso se descubriesen con posterioridad a la conclusión del proceso penal. En este supuesto, será el Juez que conozca el procesa de pérdida de dominio, quien disponga, autorice o confirme la incautación; y claro también será el Fiscal que realiza la investigación en este proceso, quien la solicite al Juez, autorice a la Policía, o la ejecute motu proprio en casos de urgencia o peligro en la demora.

No obstante, si la incautación ya se hubiera realizado en el proceso penal y este concluyese por extinción de la acción penal o por sobreseimiento, o también por sentencia absolutoria, sin haberse desvirtuado la calidad decomisable de los bienes o activos incautados, o incluso, cuando se condena al procesado pero no se resuelve el extremo del decomiso, la incautación mantendrá su eficacia hasta que el Juez de Pérdida de Dominio disponga lo pertinente, tal como lo establece el artículo 12°.5 de la Ley de Perdida de Dominio.

En conclusión, la incautación puede solicitarse, disponerse (ordenarse) o ejecutarse, en las diligencias previas, en la investigación preparatoria y en la etapa intermedia del proceso penal seguido conforme al nuevo Código Procesal Penal; asimismo, en este proceso también puede ejecutarse en el propio juicio oral, si es que ya ha sido solicitada y ordenada en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia. En este caso, las autoridades que pueden ejecutarla son la Policía y el Fiscal por iniciativa propia en casos de urgencia, en cuyo caso el Fiscal solicitará la confirmación al Juez de la Investigación Preparatoria; en estos supuestos el propio Fiscal puede disponerla u ordenarla y la Policía ejecutarla. No obstante, en general u ordinariamente, la autoridad que la dispone o confirma es el Juez de la Investigación Preparatoria.

En los casos de procesos conforme al Código de Procedimientos Penales igualmente, es la Policía y el Fiscal quienes la ejecutan (el Fiscal también puede disponerla) en casos de urgencia, en las investigaciones preliminares, solicitando la confirmatoria por parte del Juez Especializado en lo Penal (el antiguamente llamado Juez Instructor); y será el Juez Especializado en lo Penal quien lo disponga u ordene, pudiendo también, en este tipo de procesos, ejecutarla el propio Juez durante la etapa de la instrucción.

Ahora bien, si se tratara de un proceso de Pérdida de Dominio, la incautación se solicita, dispone y ejecuta en la investigación preliminar prevista en el artículo 13°.1 de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104); podrá ejecutarla la propia Policía por propia iniciativa en casos de suma urgencia, poniendo de inmediato en conocimiento del Fiscal; asimismo, podrá ejecutarla o disponerla el Fiscal en casos de urgencia en que no se pueda solicitar, de inmediato, que la disponga el Juez; y claro, el Fiscal también podrá solicitarla al Juez y ejecutar la incautación con la autorización judicial. Si por alguna razón no se hubiera ejecutado la incautación, pero esta ya estuviese ordenada, podrá materializarse inclusive cuando ya se ha dictado el auto admisorio de la demanda de Pérdida de Dominio, ejecutándola siempre el Fiscal conjuntamente con la Policía, dando cuenta al Juez de la Pérdida de Dominio. Incluso, puede presentarse el caso en que aun cuando no se hubiese ordenado la incautación en la investigación preliminar, se solicite y autorice durante la actuación judicial[172].

[172] Al respecto, ver mayor información en GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier: ***"La acción de extinción de dominio.*** 2ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.

Para concluir este punto, es necesario precisar que también puede realizarse la incautación en un proceso por faltas seguido ante el Juez de Paz. Asimismo, se discute si en el marco de la investigación de un delito, las autoridades administrativas pueden realizar la incautación, tal como lo venía haciendo la SUNAT, INDECOPI, INRENA, DIGESA, etc. en aplicación de los artículos 13° y 35º de la Ley de Delitos Aduaneros N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1111 y demás normas relativas al funcionamiento y competencia de las otras entidades anotadas; pues, tal como lo establece el artículo 316° del Código Procesal Penal, serán el Fiscal y la Policía los competentes para realizar la incautación; pues solo de esta manera las actas de incautación, como pruebas preconstituidas, podrán ser incorporadas válidamente al proceso con todos los efectos que ello implica. Queda a salvo, no obstante, la facultad de autoridades o entidades administrativas para intervenir previamente a la actuación fiscal, y una vez encontrados o descubiertos los efectos o ganancias del delito, pueden dar cuenta de inmediato al Fiscal, o excepcionalmente a la Policía, para que estos concreten la disposición y ejecución de la incautación y demás diligencias pertinentes, tal como lo establece la Décimo Primera Disposición Complementaria de la ley de Delitos Aduaneros, Ley Nº 28008, modificada por el artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 1122, del 16 de julio del 2012.

No obstante, es necesario precisar que en el ámbito administrativo, SUNAT, INDECOPI, INRENA, DIGESA o las respectivas municipalidades, en cuanto tienen la facultad de realizar el decomiso administrativo, previamente a ello pueden disponer y ejecutar la incautación de bienes y activos sujetos a los procedimientos propios de sus respectivas competencias.

2.7. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE LA INCAUTACIÓN

Como ya se indicó, conforme al artículo 316° del Código Procesal Penal, la incautación se solicita, dispone y ejecuta durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la Policía o por el Ministerio Público directamente cuando se trate de casos de urgencia o peligro en la demora, o mediante requerimiento por parte del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria; este requerimiento deberá sustentarse en indicios de criminalidad mínimos y reunir los elementos de convicción necesarios que lleven a la presunción fundada de que los bienes cuya incautación se solicita, efectivamente, constituyen objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, o los otros bienes sujetos a decomiso conforme a ley (Decreto Legislativo Nº 1104). Los elementos de convicción que deben acompañarse a la solicitud serán los recabados directamente por el Fiscal o los aportados por las partes en la investigación, sin que se requiera de elementos de convicción necesariamente aprobados por el Juez[173]; puesto que la autoridad competente para acopiar elementos de convicción en la investigación de un delito, en el modelo penal acusatorio, es el Fiscal; y mientras no se cuestione

[173] En tal sentido, no resulta de aplicación lo dispuesto por el ***ACUERDO PLENARIO N° 5–2010/CJ–116,*** del 16 de noviembre del 2010, que en su FJ N° 14 establece que: *"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".*

dicho acopio de evidencias, prima la presunción de licitud de las actuaciones fiscales; sobre todo, si se tiene en cuenta que el fiscal está obligado a realizar actos de investigación, no solo en contra del imputado, sino también a favor de este, siendo su actuación objetiva y no necesariamente orientada a la acreditación de la responsabilidad del agente o a acreditar su pretensión de decomiso o cualquier otra.

Asimismo, también podrá solicitarse, disponerse y ejecutarse la incautación en la etapa intermedia del proceso, o también ejecutarse en el propio juicio oral cuando ya se haya solicitado y ordenado en la investigación preparatoria o en la etapa intermedia.

Como ya se indicó, si se tratara de un proceso de Pérdida de Dominio, la incautación se solicita, dispone y ejecuta en la investigación preliminar prevista en el artículo 13°.1 de la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. N° 1104); a la vez que si ya está ordenada, podrá materializarse en el marco de las actuaciones judiciales, esto es, luego de dictado el auto admisorio de la demanda de Pérdida de Dominio.

El Juez no podrá disponer la incautación de oficio, pues, se requiere en todos los casos, el requerimiento del Fiscal, quien a su vez podrá actuar de oficio o a instancia del Procurador Público. La resolución que la disponga debe contener los fundamentos por los cuales se dispone la incautación, pudiendo llegar hasta disponer el descerraje cuando sea necesario para concretarla en lugares cerrados o privados. Sin embargo, en casos de urgencia, no será necesaria la autorización del Juez, y será el Fiscal quien la disponga o ejecute; pudiendo ser la propia Policía, quien por propia iniciativa o, por disposición del Fiscal, realice la incautación dando cuenta de inmediato al Fiscal, quien a su vez solicitará la confirmación por parte del Juez.

La incautación se ejecuta aprehendiendo o tomando en custodia los bienes muebles, y si fuera posible se ***inscribirá*** la medida en el registro correspondiente. Si se tratase de bienes inmuebles o de derechos sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva. Igualmente, si se tratase de títulos valores u otro tipo de derechos, se concretará la incautación tomando en custodia dichos títulos o inscribiendo la medida en los registros correspondientes, de tal suerte que el supuesto titular no pueda disponer de ellos ni gravarlos o enajenarlos. Si se tratase de cuentas o dinero en entidades bancarias o financiares, la medida se concretará disponiendo su inmovilización en la propia entidad; en estos casos, más que incautación se habla de ***bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias***, que tiene un tratamiento específico.

En la solicitud y resolución por la cual se dispone la incautación se deben consignar con exactitud y debidamente individualizados los bienes materia de la medida, así como el lugar donde se encuentran, en poder que quien están y demás condiciones que resulten relevantes; asimismo, se levantará el acta de ejecución correspondiente, detallándose los aspectos a los que se ha hecho referencia y los demás que resultaran pertinentes; estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. El acta de ejecución de la medida será firmada por todos los participantes en la diligencia, especialmente los afectados con la medida, de quienes se debe consignar su dicho, de ser el caso.

2.8. CONFIRMACIÓN JUDICIAL DE LA INCATUACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, en principio, la incautación debe disponerla u ordenarla el Juez, sea de la investigación preparatoria o el Juez que conoce la acción de pérdida de dominio. Pues, la incautación implica una injerencia en el ámbito de los derechos patrimoniales del afectado, particularmente de su derecho de propiedad; ya que para imponerse la medida solo se requiere de elementos de convicción mínimos respecto a que los bienes o activos incautados configuran objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, no habiéndose descartado de modo cierto y definitivo que sobre dichos bienes o activos el afectado pueda tener derecho de propiedad. Y claro, la realización de la incautación, en este caso, configuraría una verdadera injerencia a los derechos patrimoniales del afectado; injerencia que para ser legítima solo puede realizarla el juez.

Sin embargo, como sabemos, en casos de urgencia puede disponer o ejecutar la incautación el Fiscal; inclusive, puede ejecutarla la Policía, por propia iniciativa o por disposición del Fiscal; todos estos casos se tratan de supuestos de urgencia o de peligro en la demora (particularmente, casos de flagrante delito), en los que de no realizarse la incautación se correría el riesgo fundado de que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito puedan desaparecer tornándose imposible la realización posterior de la incautación, sea porque el agente puede transferirlos a favor de terceros de modo definitivo (tercero de buena fe y título oneroso), o porque puede ocultarlos, destruirlos o consumirlos[174].

En estos últimos supuestos, necesariamente se requiere que el Juez evalúe la decisión, sea para confirmarla o dejarla sin efecto. Debe quedar claro que la confirmación resulta indispensable, puesto que se trata de una injerencia significativa en contra de los posibles derechos reales del afectado, lo cual solo puede ser realizado por el Juez. Pues, mientras se mantiene la incautación se pone en tela de juicio todo derecho de propiedad del afectado sobre el bien incautado, es por ello, que este es desposeído, a la vez que no puede realizar actos de disposición o de gravamen; tanto más, cuando se inscribe la medida en los correspondientes registros públicos.

No obstante, el hecho que la incautación dispuesta por el Fiscal o por la Policía no sea confirmada oportunamente por el Juez, ***no acarrea la nulidad de la medida***, puesto que ello significaría descartar la posibilidad del decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, y por tanto el tácito reconocimiento de derechos reales sobre estos al agente del delito, lo cual sería absolutamente contraproducente e implicaría una decisión auspiciosa de la comisión

---

[174] VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: (Juez de Paz con funciones de Juzgado de Investigación Preparatoria de Madre de Dios, sin fundamento alguno, aduce que por " (…) principio constitucional se requiere que el Juez haga el control de legalidad *ex ante* justamente para prevenir y evitar arbitrariedades, que, ejecutadas, difícilmente podrán ser resarcidas, incluso siendo rechazadas luego por el Juez". "***El plazo de apelación de la incautación y la eficacia de la prueba obtenida por medio de incautación confirmada extemporáneamente".*** En Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 20, Lima, febrero del 2011, p. 236. Con lo que abona porque la incautación solo debiera ser autorizada por el Juez, restándole eficacia en los demás casos; criterio que obviamente no compartimos. Tanto más, si este autor también maneja los mismos criterios (a nuestro juicio, errados) que se manejan en el Acuerdo Plenario sobre la incautación y contenidos en la norma procesal penal, cuya confusión y errores describiremos más adelante.

del delito, a la vez que significaría la legalización del producto del delito, en abierta contradicción con los criterios de proscribir este tipo de acciones a través de la persecución de los delitos de lavado de activos. Pues, se presume que la incautación se ha realizado porque existen indicios suficientes de que los bienes o activos afectados, efectivamente, constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, respecto de los cuales el afectado no ostentaría derecho real alguno, por lo que nada justificaría que se le haga entrega de bienes o activos que no le pertenece, solo porque se ha incumplido una exigencia formal que de ningún modo puede favorecerlo con el reconocimiento y otorgamiento de derechos reales inexistentes.

Es por ello que el propio Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 estipula que *"... la confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse 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-"*.

De otro lado, se discute en qué plazo debe solicitar el Fiscal la confirmación de la incautación, cuando esta ya ha sido realizada por el Fiscal o por la Policía; sosteniéndose que debe ser de inmediato. Pero se ha trasladado la discusión a qué se debe entender por "de inmediato o inmediatamente"; al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 5–2010/CJ–116. 16/11/2010 (FJ. N° 13) refiere que *"... esto 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";* lo cual nos parece razonable.

No obstante, el Acuerdo Plenario en cuestión, aduce que se puede negar todo efecto probatorio a los activos o elementos incautados, con lo cual nuevamente confunde la incautación con el secuestro. Al respecto también VÁSQUEZ RODRÍGUEZ incurre en la misma confusión y desarrolla una serie de argumentos que consideramos innecesarios[175]; o que en todo caso, resultarían útiles para evaluar el efecto probatorio del secuestro dentro del proceso penal. Pues como venimos sosteniendo, la incautación no tiene como funciones o fundamentos contribuir al esclarecimiento de los hechos, sino que constituye una medida cautelar para asegurar el decomiso que finalmente se disponga en la sentencia.

2.9. PROVISIONALIDAD Y REEXAMEN DE LA INCAUTACIÓN

[175] VASQUEZ RODRÍGUEZ: ***Ob. Cit.*** pp. 231 y ss,

La incautación es una medida cautelar, por lo que está sujeta a la provisionalidad, temporalidad o variabilidad; en tal sentido, para mantenerse se tiene que verificar que se mantengan los presupuestos que determinaron su solicitud, disposición y ejecución; ello implica que está sujeta a la reevaluación o examen constante. En este sentido el artículo 319º del Código Procesal penal, establece que si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida, esta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado. La referida norma procesal inclusive admite que las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, puedan solicitar el levantamiento de la incautación. La decisión que tomará el Juez será previa audiencia de reexamen, mediante resolución apelable[176].

Por su parte el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116, al que estamos refiriéndonos, estipula *"... que el afectado por la medida de incautación, que 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".*

Asimismo, dicho Acuerdo Plenario establece que *"... el tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319°.2 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. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -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".*

2.10. PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA INCAUTACIÓN

De otro lado, el artículo 320º del referido cuerpo normativo refiere 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. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata. Aun cuando este artículo, con toda claridad, establece que la entrega será de inmediato y sin trámite alguno, lo que llevaría a pensar que, dictada la absolución, el sobreseimiento o el archivo, procede la devolución, aún en caso de que se haya apelado la sentencia o auto respectivo, creemos que ello debe interpretarse en armonía con el artículo 494º.2 del Código, que establece que se procederá a la entrega una vez que quede firme la resolución autoritativa; salvo los casos en que mantener la incautación podría causar un daño irreparable, en cuyo supuesto el Juez determinará la razonabilidad de la entrega. Esta interpretación es congruente con las demás medidas cautelares reales en que siempre se

[176] La doctrina nacional también es consecuente con la provisionalidad de la incautación y admite el reexamen, como puede verse en SAN MARTÍN CASTRO: ***Ob. Cit.*** p. 882.

exige, para levantar la medida, una resolución firme; asimismo, resulta concordante con lo dispuesto por el artículo 13º de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley Nº 28008, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1111, que refiriéndose a la incautación dictada en los procesos por delitos aduaneros, establece que: *"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".*

De otro lado, la restitución será rechazada, si es que a pedido de alguna de las partes legitimadas, los bienes afectados deban afectarse en garantía del pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas procesales. Pues, como se sabe, se devuelven los bienes o activos incautados, no necesariamente porque se haya absuelto al afectado con la incautación, sino porque, pese a ser condenado y quedar obligado al pago de la reparación civil, al pago de la multa o de las costas procesales, se ha determinado que los bienes incautados no configuran objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito y por tanto no serán materia de decomiso; en tal caso, se solicitará que se embarguen los bienes incautados o que directamente sean rematados para cubrir dichas responsabilidades.

Asimismo, tampoco procederá la devolución si se determina que los bienes incautados son intrínsecamente delictivos, o el reconocimiento de derechos reales sobre los mismos está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos y el que debiera recibirlos no ha cumplido con tales requisitos; en cuyo caso pese a la absolución del procesado, los bienes serán destruidos o pasarán a propiedad del Estado, como en el caso de la incautación de armas de fuego. Aun cuando en muchos de estos casos, la medida que normalmente se traba sobre estos bienes será directamente el decomiso y no la incautación, sin embargo, no se descartan casos excepcionales.

De otro lado, también es necesario tener en cuenta las razones por las que se ha absuelto al sujeto afectado con la incautación, puesto que puede tratarse de una absolución por supuestos de inculpabilidad, de excusas absolutorias o de condiciones objetivas de punibilidad; en estos casos, aun en los supuestos de absolución o sobreseimiento, se puede dictar el decomiso, puesto que para que este opere, es suficiente con que se trate de un hecho típico y antijurídico y que los bienes incautados constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, o inclusive los otros tipos de bienes y activos sujetos a decomiso. Incluso, puede presentarse el caso en que se absuelva al imputado porque se ha acreditado que no participó en el delito, sin embargo, no se han desvinculado los bienes de la comisión del delito, esto es, no se ha desvirtuado su condición de instrumentos, efectos o ganancias del delito. Consecuentemente, no resulta exacta una interpretación literal de la norma en el sentido que ante la sentencia absolutoria o el sobreseimiento, necesariamente se produce la devolución de los bienes incautados.

Finalmente, es necesario precisar que si al finalizar el proceso, sea con sentencia absolutoria, con un sobreseimiento o mediante cualquier mecanismo de terminación temprana, sin poder expedir una decisión definitiva sobre la procedencia o improcedencia del decomiso, puede mantenerse la eficacia de la incautación hasta que se defina la situación de los bienes o activos en el correspondiente proceso de privación de dominio, conforme a la Ley de Pérdida de

Dominio, Decreto Legislativo N° 1104, tal como lo dispone es artículo 12°.5 de dicho Decreto Legislativo.

2.11. DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES INCAUTADOS

El artículo 318º del Código Procesal Penal dispone que *"... si no peligran los fines de aseguramiento que justifican la adopción de la medida de incautación, los bienes o derechos incautados pueden ser: a) Devueltos al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor; o, b) Entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso. En el primer supuesto, el importe depositado ocupa el lugar del bien; y, en el segundo, la medida requerirá que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones.*

En estos casos, resulta discutible la corrección o conveniencia de la ***devolución,*** puesto que con ello entraría en cuestionamiento la propia naturaleza y finalidad de la incautación; ya que, como hemos dicho, la incautación se concreta únicamente si existen indicios razonables de que los bienes o activos incautados, efectivamente, constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito, y si estos presupuestos permanecen, necesariamente tiene que mantenerse la incautación para asegurar el decomiso de los mismos, sin que sea razonable o conforme a derecho proceder a su devolución o entrega, en tanto sea posible disponer el decomiso en la sentencia.

En tal sentido tampoco resulta adecuado hablar de una entrega a cambio del depósito de su valor o de entregar el bien incautado, bajo reserva de una reversión, para continuar utilizándolo hasta la conclusión del proceso prestando una caución o garantía, como estipula el citado artículo del Código Procesal Penal. Como puede apreciarse, esta disposición del Código solo se explica en la medida en que en dicho cuerpo legal se confunde la incautación con el secuestro. Pues, solo en esta última medida es posible el uso del bien afectado para utilizarlo con fines de investigación o esclarecimiento de los hechos, mas no así en la incautación, que lo único que busca es asegurar el decomiso; a la vez que solo en el caso del secuestro se puede entregar el bien afectado condicionando la entrega a la presentación del mismo si fuera requerido por la autoridad competente; lo cual no tendría sentido en el caso de bienes incautados.

Similar criterio se establece en el artículo 222º del Código Procesal Penal, el que realmente está referido al secuestro y no a la incautación, aun cuando por la confusión de conceptos que hemos señalado, se utiliza el término "incautación" en lugar de secuestro; en efecto, en este artículo se señala: *"El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario. (...) Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria".* Con lo que queda claro que estas ideas son desarrolladas para el secuestro, mas no para la incautación como erradamente se considera en el Código.

Y claro, si se hubiera desvirtuado todo indicio de que los bienes pudiesen constituir efectos o ganancias del delito, como en toda medida cautelar, se procederá al levantamiento de la incautación de modo inmediato, a solicitud del Ministerio Público o del interesado, tal como lo estipula el artículo 319º del Código Procesal Penal; ello será más urgente si se determina que el bien afectado con la incautación pertenece a un tercero no imputado de la comisión del delito. Para la devolución de los bienes o activos, en estos caso, no se requiere el otorgamiento de una caución o un depósito, como lo exige el literal a) del numeral 3 del referido artículo, simplemente se procederá a la entrega sin condición o requisito alguno. En este último caso (cuando el bien pertenece a tercero), se autorizará la participación de dicho tercero en el proceso (participante de la incautación como refiere el Código).

Finalmente, en cuanto a la devolución de los bienes incautados también es necesario tener en cuenta el artículo 13º de la Ley Nº 28008, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1111 que establece la prohibición de disponer la entrega o devolución de los bienes incautados 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; prohibición que según la norma, alcanza igualmente a las resoluciones o disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de la investigación preliminar o de las diligencias preliminares, se declara que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia.

En este caso hay que diferenciar dos supuestos, el primero, referido a los casos en que nos encontramos ante una investigación preparatoria conforme al nuevo Código Procesal penal, en cuyo caso, no cabe duda que tiene que ser el Juez de la investigación preparatoria, quien deba levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues, la investigación, como primera etapa del proceso, ya tiene un control jurisdiccional. El segundo supuesto, referido a los casos en que nos encontramos ante una investigación preliminar, sea conforme al nuevo Código Procesal Penal o con el sistema procesal antiguo, y si en este estado, el Fiscal, luego de haber trabado la incautación decide archivar el caso, el Juez no tiene ninguna ingerencia, lo único que queda es interponer el recurso de queja correspondiente ante al Fiscal Superior, y si este aprueba la decisión del Fiscal Provincial, el procedimiento habrá concluido, generando en muchos casos la llamada cosa decidida (cuando se concluye que el hecho no es configurativo de delito o no es justiciable penalmente)[177]. Como puede verse en este último supuesto, resulta excesivo el contenido del artículo 13º de la Ley 28008, en cuanto estipula que el Fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el Fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución esta disposición de la Ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la Administración Aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los jueces. En tal sentido, consideramos que este párrafo de la Ley en cuestión no resulta aplicable por ser inconstitucional. En todo caso, el afectado tendrá siempre la protección de los procesos de garantía, quedando los funcionarios de la Administración Aduanera sujetos a las responsabilidades correspondientes.

[177] Obviamente nos referimos a casos en que la incautación, por cualquier razón, no haya sido confirmada por el Juez, puesto que de ser así, solo este podrá levantarla y disponer la devolución de los bienes. Al respecto ver amplia información en nuestro trabajo: ***Nuevo orden jurídico y jurisprudencia.*** **Jurista** Editores, Lima, 2012, pp. 937 y ss.

Es necesario precisar finalmente que, si en la sentencia se dispone el decomiso de bienes o efectos que no han sido materia de incautación durante el proceso, el juez de la investigación preparatoria (o el Juez en general, según sea el caso), dispondrá la ***aprehensión*** del bien o activo (artículo 494º.1 del Código Procesal Penal), procediendo a entregarla a la entidad que conforme a ley o a los reglamentos corresponda. Igualmente, si durante el proceso se advirtiera suficientes elementos de convicción respecto a la existencia de instrumentos, efectos o ganancias del delito sujetos al decomiso, que no han sido incautados, se comunicará al Fiscal respectivo a fin de que se inicie la correspondiente acción de ***pérdida de dominio***. Igualmente, si no se hubiese descartado la calidad de instrumentos, efectos o ganancias del delito de los bienes incautados, pero en la sentencia no se ha podido disponer su decomiso, se procederá a ejercitar la acción de pérdida de dominio, manteniéndose la incautación hasta que el Juez de la Pérdida de dominio disponga lo pertinente.

2.12. ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA DE BIENES INCAUTADOS (¿CADENA DE CUSTODIA?)

Al ser afectados los bienes y activos con la medida de incautación, se requiere asegurar las condiciones para evitar su deterioro, alteración, destrucción o riesgos de pérdidas, y en general para asegurar su conservación para su devolución a su titular o para los fines pertinentes luego que se disponga su decomiso. Para ello se requiere de un órgano encargado de su administración y custodia.

Con anterioridad a la vigencia de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo Nº 1106 y su Reglamento, Decreto Supremo Nº 093-2012-PCM, del 8 de setiembre del 2012, así como de la modificación de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley Nº 28008, por el Decreto Legislativo Nº 1111, los órganos encargados de la administración, custodia, remate y adjudicación de los bienes incautados eran diversos, lo que no generaba condiciones adecuadas para una debida administración y custodia de los bienes y activos incautados.

En efecto, se había creado el Fondo de Pérdida de Dominio (FONDEP), para la custodia, seguridad, conservación, administración y disposición de los bienes sujetos al proceso de pérdida de dominio. Asimismo, se había creado la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD) para administrar y controlar los bienes muebles e inmuebles incautados en los procesos por delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Igualmente, se había creado el Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI), encargado de recibir y disponer del dinero proveniente de actividades ilícitas en agravio del Estado, vinculadas con los supuestos previstos en las Leyes Nº 27378, y Nº 27379 referida a la administración del llamado dinero mal habido[178]. También se creó la Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados (COMABID), encargada, entre otros, de administrar, custodiar y conservar los bienes incautados y decomisados puestos a disposición del Ministerio de Justicia de conformidad a lo previsto en el artículo 401º-B del Código Penal. En el mismo sentido, la Administración

[178] Conforme a la Ley Nº 28476 se entiende por "dinero mal habido" el dinero constitutivo de fondos públicos, de cualquier índole y origen, sobre el que ha recaído la conducta delictiva en perjuicio del Estado, así como todo aquel de origen u obtenido como producto de la actividad delictiva, o que haya servido para la perpetración de la conducta delictiva. En suma, serán materia de administración de dicho fondo el dinero que constituye objeto, efectos, ganancias o instrumentos de delitos en agravio del Estado.

Aduanera, conforme al artículo 13º de la Ley Nº 28008, en los delitos aduaneros, quedaba encargada de custodiar las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyen objeto del delito, cuya incautación era dictada en un proceso o investigación por delito aduanero. Asimismo, los bienes incautados relacionados con los delitos de terrorismo, eran administrados y custodiados provisionalmente por la Superintendencia de Bienes Nacionales, de conformidad con lo previsto en la cuarta disposición complementaria del Decreto Legislativo Nº 922-2003.

Finalmente, el artículo 220º.5 del Código Procesal Penal, establece que "*la Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados*". Así también el artículo 318º prevé que la Fiscalía de la Nación dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia de incautación, así como para determinar el lugar de custodia y las reglas de administración de los bienes incautados. Con ello, se atribuye al Ministerio Público la titularidad de la cadena de custodia de los bienes incautados en todos los delitos.

Esta pluralidad de organismos encargados de la administración y custodia de los bienes incautados han generado cierto caos en el manejo de los bienes incautados, ante ello, la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo Nº 1104, del 18 de abril del 2012, ha creado la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la administración y custodia bienes y activos incautados. Precisándose que esta entidad administrará los bienes incautados, no solo referidos a la pérdida de dominio, sin en general a la incautación realizada en la investigación y procesamiento de todo tipo de delitos.

La CONABI está conformada por un Consejo Directivo integrado por: a) Un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la preside; b) Un representante del Poder Judicial; c) Un representante del Ministerio Público; d) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; e) Un representante del Ministerio del Interior; f) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas; g) Un representante del Ministerio de Defensa; y, h) Un representante del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, cuenta con una Secretaría Ejecutiva responsable de las tareas propias de su competencia.

Las funciones de la CONABI son: a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados. d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos. f) Dictar las medidas que deben cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado. g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean

incautados o decomisados. h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro. i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas. j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas. k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

Para concretar la administración y custodia de los bienes y activos incautados por CONABI, la Policía Nacional del Perú, el Fiscal, el Juez o la autoridad correspondiente, informarán a la CONABI inmediatamente de producida la incautación o decomiso para su registro y demás funciones a cargo de esta entidad.

En los casos en que los bienes incautado o decomisados fuesen: a) peligrosos o dañinos para la seguridad pública; b) hayan servido, sirvan o sean objeto para la comisión de ilícitos penales; c) generen perjuicio a derechos de terceros; o, d) sean nocivos a bienes jurídicos protegidos, podrán ser destruidos o inutilizados por la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente, en el lugar en que se encuentren o en un lugar en que no se genere riesgo a terceros. En estos supuestos, si el bien destruido pudiere resultar útil para el esclarecimiento de los hechos, el representante del Ministerio Público, levantará el acta de constatación respectiva, con los medios de prueba idóneos, pudiendo ser estos fílmicos o fotográficos. Excepcionalmente, en los casos de inminente peligro o daño irreparable que pueda significar la existencia de los objetos señalados en el párrafo anterior, se faculta a la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente a su destrucción o inutilización dando cuenta inmediata al Ministerio Público, levantando el acta respectiva.

En el caso de que se tratase de ***drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*** la Policía Nacional será la encargada de la custodia para su oportuna y eficaz destrucción; para tales efectos, informará a la CONABI de manera inmediata acerca de las incautaciones o decomisos realizados y la destrucción a la que hubiere lugar.

En el caso que se trate de ***insumos químicos,*** sea que estos puedan usarse para la minería ilegal, para la producción de drogas o para la comisión de cualquier otro delito, la encargada de la incautación o decomiso, de la administración, destrucción o disposición de los bienes incautados, será la SUNAT. Se asume que por la incautación o decomiso, se adjudica dichos insumos al Estado, tal como lo estipula el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1103. Aun cuando este criterio resulta adecuado par al caso de decomiso de estos insumos, consideramos que no resulta adecuado para el caso de la simple incautación, puesto que en este caso, aun se desconoce si quedan los bienes definitivamente en poder del Estado (el que puede disponer su adjudicación, destrucción, etc.) o se tiene que devolver a sus detentadores, una vez que se determina su posesión lícita[179].

Igualmente, en cuanto a la custodia y conservación de la ***joyas, valores o bienes similares*** (dinero, o títulos con cierto grado de liquidez -recursos financieros-) si bien estarán a cargo de

[179] CONABI, para llevar adelante sus funciones y optimizar su actuación, ha dictado su Reglamento (el mismo que aparece como Reglamento del Decreto Ley N° 1104), mediante DECRETO SUPREMO N° 093-2012-PCM, del 8 de setiembre del 2012.

CONABI, necesariamente serán administrados por entidades financieras del sector público o privado con las cuales CONABI deberá suscribir los convenios correspondientes; tal como lo estipula el Artículo 29º del Reglamento de la Ley de Pérdida de Dominio, DECRETO SUPREMO N° 093-2012-PCM. Con ello cambian los criterios mantenidos en la legislación anterior, que establecía que en estos casos, las joyas y recursos financieros, debían ser depositados necesariamente en el Banco de la Nación.

Es necesario precisar que estas facultades concedidas a CONABI, resultan aplicables únicamente para la incautación de bienes y activos, mas no así para los ***casos de secuestro*** de bienes, cuya cadena de custodia necesariamente deberá quedar en manos del Ministerio Público, como veremos más adelante. Resulta necesaria tal aclaración, puesto que el Código Procesal Penal, equivocadamente, habla de incautación tanto para referirse al secuestro así como para la incautación propiamente dicha.

Asimismo, es necesario señalar que en cuanto a las facultades concedidas a la CONABI contenidas en el Decreto Legislativo N° 1104, aun cuando en general, nos parece adecuado, ya que se necesita un tratamiento uniforme y unitario respecto a los bienes incautados, en la norma se incurre en algunos errores graves que deben ser subsanados. Así, la norma pareciera conceder todas las facultades a CONABI, solo para los casos en que se trata de incautación o decomiso realizados en la investigación o procesos por delitos en agravio del Estado, más no así cuando se trata de incautaciones realizadas por delitos en agravio de particulares; con lo que pareciera que se maneja el criterio de que solo en estos casos el Estado adquirirá la titularidad de los bienes incautados; lo cual es un error, puesto que la incautación es una medida cautelara para asegurar el decomiso, y en todos los casos de decomiso (sin interesar quién es el agraviado) el Estado adquiere la titularidad de los bienes incautados. Por ello, consideramos desacertada la frase "en agravio del Estado", que se añade en varias de las facultades reconocidas a CONABI.

Igualmente, pareciera que al establecer las facultades de CONABI, desde el momento en que se traba la incautación se considera que el Estado ya es el titular de los bienes o activos y puede disponer libremente de ellos; lo cual también es un error, puesto que como sabemos, la incautación es una medida cautelar para asegurar el decomiso, y de ella no puede surgir derecho real alguno; solo una vez que se dispone el decomiso, a través de resolución firme, el Estado tiene la titularidad de los bienes afectados y puede darle el uso o disponer del modo que estime conveniente. Disponer de los bienes desde el momento en que son incautados implicaría afectar el derecho constitucional de propiedad, y por ello la actuación sería inconstitucional y arbitraria. Salvo claro está que se trate de bienes intrínsecamente delictivos o de bienes respecto de los cuales no se reconoce derechos reales a los particulares, en cuyo caso no habrá posibilidad de afectar derecho real alguno; pero en estos casos, no estaremos frente a bienes incautados, sino propiamente ante bienes decomisados; pues, tal como lo hemos visto en el capítulo correspondiente al decomiso, en estos casos, no opera la incautación, sino directamente el decomiso. En tal sentido, debemos entender que CONABI puede disponer de los bienes afectados, únicamente cuando se trata de bienes respecto de los cuales no se reconoce derechos reales a los particulares o cuando ya se ha dispuesto el decomiso mediante resolución judicial firme. O en todo caso, cuando se trata de bienes incautados que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación sea demasiado oneroso; tal como lo establece el numeral 6.2 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104; en estos casos, si finalmente se ordena la

restitución del bien o activo a quien lo detentaba o a quien corresponda, se restituirá el valor del bien más los intereses legales que corresponda.

Claro que las facultades concedidas a CONABI se enmarcan en el contexto de una lucha frontal contra el delito y el interés por privar a los agentes del producto del mismo, sin embargo, ello debe de hacerse de modo legítimo, esto es, respetando el marco constitucional, o en otras palabras, el orden jurídico del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que establece límites a la actuación de los órganos o sujetos de la política criminal dotados de potestades para dictar medidas preventivas o de persecución de los hechos antisociales; pues, como se sabe, en el Estado Constitucional de Derecho está proscrita la arbitrariedad y se auspicia la vigencia de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionalmente valiosos, por lo que cualquier actuación arbitraria resulta inconstitucional y por ello mismo inaplicable; quedando en todo caso, sujeta a las acciones o procesos de garantía y a las responsabilidades correspondientes.

De otro lado, si bien se ha establecido que CONABI es la entidad competente para administrar, custodiar y disponer de los bienes incautados (o decomisados) en las investigaciones o procesos por cualquier delito (exceptuándose las drogas o sustancias estupefacientes así como los insumos químicos, que quedan a cargo de la PNP y la SUNAT, respectivamente), respecto a los ***delitos tributarios y aduaneros*** (sujetos al Decreto Legislativo N° 1053 y la Ley N° 28008 y sus modificatorias -en los cuales se realiza gran cantidad de incautaciones y decomisos-), el propio Decreto Legislativo que crea la CONABI, Decreto Legislativo N° 1104, excluye de la competencia de CONABI a los bienes y activos incautados o decomisados en la investigación y procesamiento de estos delitos. Más aún, el artículo 13° de la Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111, establece que las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como los instrumentos utilizados para la comisión del mismo, que sean incautados, 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.

Finalmente, resulta necesario precisar que mediante Resolución de Fiscalía de la Nación Nº 729-2006, se ha aprobado el Reglamento de la Cadena de Custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados. Dicho reglamento, de forma inadecuada, da un mismo tratamiento a los indicios o evidencias recogidos en la escena del delito (por ejemplo las huellas, manchas de sangre, etc., necesarios para la posterior prueba del hecho y del responsable) que a los instrumentos, efectos o ganancias del delito, incautados. Asimismo, reproduce los mismos errores en que incurre el nuevo Código Procesal Penal, al confundir la naturaleza de las medidas cautelares destinadas, de un lado al posterior decomiso de bienes (incautación), y de otro, a la medida de secuestro del material probatorio para la acreditación de los hechos materia de imputación penal, sobre los cuales determinadas personas ostentan titularidad y por ende, después de haberse utilizado deben ser devueltos a sus titulares. Obviamente, aun cuando este Reglamento está pésimamente elaborado, resultará aplicable para los bienes sujetos a la medida de secuestro (realizado con la finalidad de esclarecimiento de los hechos), mas no así para la incautación. No solo porque reproduce los errores contenidos en el Código Procesal Penal, en cuanto confunde la incautación con el secuestro, sino sobre todo, porque los criterios respecto a la cadena de custodia respecto a los bienes o activos incautados, han sido modificados por las nuevas normas como los Decretos Legislativos N° 1104, N° 1111, etc.

2.12. REMATE Y DESTINO DE LOS BIENES INCAUTADOS

Como ya se ha indicado, una vez que se expide la sentencia final, los bienes incautados son decomisados, si es que se determina en el proceso, que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o que se trata de otros bienes decomisables conforme al artículo 5º de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo Nº 1104. Con el decomiso, la titularidad de los bienes pasa a poder del Estado. En este caso, aplicando los criterios establecidos en la Disposición Complementaria Modificatoria del referido Decreto Legislativo, por el que se modifica el artículo 223 del Código Procesal Penal[180], los bienes o activos incautados (objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, a los que debemos agregar los demás que son materia de decomiso, establecidos por ley) cuya titularidad ha sido declarada a favor del Estado, serán rematados en pública subasta, y el producto del remate será destinado preferentemente a la ***lucha contra la minería ilegal, la lucha contra la corrupción y el crimen organizado***[181].

No obstante, este no es el único destino que se puede dar a los bienes incautados y finalmente decomisados, puesto que conforme al Decreto Legislativo anotado y su Reglamento, también se pueden adjudicar temporal o definitivamente a instituciones o entidades públicas o privadas dedicadas a fines sociales, o a entidades vinculadas a la administración de Justicia, entre otras, y que cumplan con los requisitos establecidos en el Reglamento. Precisándose que los detalles y pormenores de la adjudicación o el remate se realizará en subasta pública, luego de la cual, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.4 de la Sexta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1104, cancelado el precio de venta, se levantarán todos los gravámenes, cargas, medidas cautelares y demás actos que pesen sobre el bien, sin que se requiera para tales efectos mandato judicial o la intervención de acreedores garantizados con dicho bien. El Registrador deberá inscribir el levantamiento de dichas medidas, bajo responsabilidad. La CONABI gestionará la transferencia y levantamiento ante cualquier entidad registral a nivel nacional. Tratándose de la venta de bienes que garanticen obligaciones de terceros, se deberá considerar los derechos reales de garantía inscritos sobre los mismos, evaluando el pago de tales créditos de conformidad con lo establecido por la Comisión.

De otro lado, es necesario aclarar que el Decreto Legislativo N° 1104, que establece el destino de los bienes y activos incautados o decomisados, no deja sin efecto al artículo 223° del Código Procesal Penal, el mismo que señala que el producto del remate de los bienes incautados son depositados en el Banco de la Nación a la orden del Ministerio Público o del Poder Judicial,

---

180 Es necesario tener en cuenta sin embargo, que el contenido del Decreto Legislativo N° 1104, está referido con toda claridad a la incautación, y el artículo 223 del Código Procesal Penal, aunque de modo confuso, está referido solo al secuestro (el que es confundido con la incautación en el referido cuerpo procesal), por lo que no resultaba pertinente realizar tal modificación, puesto que son normas no implicantes y por tanto cada una tenía su propio contenido y su ámbito de aplicación; y claro, ello evidencia que aún se mantienen las confusiones respecto a la incautación y el secuestro, pero confiamos en que ello se aclare finalmente, para ello es que estamos aportando las ideas comprendidas en el presente trabajo.

181 Con anterioridad, conforme a la Ley de Pérdida de Dominio N° 29212, se había establecido que los fondos provenientes de la incautación y decomiso de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, debía destinarse a la implementación de los penales y la implementación del nuevo Código Procesal Penal; criterios que resultaban aplicables también para el decomiso en general, habida cuenta que la pérdida de dominio no es más que una forma de decomiso realizado fuera del proceso penal; sin embargo, esta situación no resultaba clara, como sí lo está ahora en el Decreto Legislativo N° 1104

según el caso; puesto que este artículo está referido a los bienes materia de secuestro y no a los bienes incautados, como erradamente ha señalado el legislador, y considerando que la nueva normatividad está referida a la incautación mas no al secuestro, la norma del Código Procesal conserva su plena vigencia para los casos de bienes sujetos a la medida de secuestro; debiendo eso sí, interpretarse debidamente su contenido, de tal forma que se descarte comprender a la incautación dentro de, mismo.

En caso de absolución, se entregarán los bienes o derechos a su titular o a quien los detentaba al momento en que se concretó la incautación; tal como lo establece el artículo 494º del Código Procesal Penal, y si se hubiera dispuesto de los bienes incautados o se hubieran enajenado, en razón a las propias características del bien o a la onerosidad de su custodia y administración, se deberá restituir su valor más los intereses legales correspondiente. Y finalmente, si los bienes fueran intrínsecamente delictivos o de ilícito comercio deberán ser destruidos.

2.14. INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS

El Código Procesal Penal se refieren en un amplio desarrollo a la incautación de documentos no privados y documentos privados; sin embargo, del desarrollo del articulado, se advierte claramente que todas las intervenciones o afectaciones vinculados a estos documentos y comunicaciones, están referidos a actuaciones con fines propios de la investigación, y ninguna de estas medidas tiene como finalidad el posterior decomiso de los documentos o comunicaciones afectadas. En tal sentido, se trata propiamente de casos de secuestro, mas no de incautación; aun cuando se trate de documentos o comunicaciones utilizados como medios para cometer el delito, o de documentos fraudulentos que constituyen efectos del delito; pues, lo que se busca con la afectación de dichos documentos, no es el decomiso, con los fines propios de esta institución, sino utilizar su calidad de elemento probatorio o elemento de convicción.

En tal sentido, en general, no tiene relevancia hablar de incautación de documentos públicos o privados; excepto los casos en que se tratara de documentos que pudiesen tener cierto contenido de liquidez por constituir títulos valores o documentos que incorporen dentro de sí un contenido económico (títulos valores, como letras de cambio, cheques, pagarés, Warrants, acciones, etc.), en cuyo caso prosperaría la incautación con fines de decomiso, y estaríamos hablando de incautación de recursos financieros, como veremos más adelante.

2.15. INCAUTACIÓN DE CORRESPONDENCIA Y ENVÍOS POSTALES

Como se sabe, el numeral 10 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado establece el Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones y Documentos Privados; reconociendo a la persona la facultad, de este modo, de exclusión de toda injerencia de extraños en sus relaciones privadas[182], sean que pertenezcan al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado[183]. En este mismo sentido la Jurisprudencia española "... ha realizado una

[182] CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO (2005): ------ pp. 267 y 268.

[183] Al respecto ver mayor información en: GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y otros: ***El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos explicativos y críticos.*** Jurista Editores, Lima, 2012, pp. -- y ss.

interpretación extensiva de la garantía protectora del secreto de la correspondencia, incluyendo todos los envíos que puedan facturarse utilizando la vía del servicio postal o de entidades que presten este servicio, sean cartas o correspondencia personal, o se trate de otros envíos (paquetes)"[184]. Por ello, la afectación a la inviolabilidad de las comunicaciones (correspondencia o envíos postales), con fines de investigación o de decomiso, solo será excepcional y procederá únicamente cuando sea indispensable para la investigación de delitos graves.

En general, la afectación de correspondencia o envíos postales, se realizará a través del secuestro, en términos similares a los documentos públicos o privados, como lo hemos indicado líneas antes. Sin embargo, como quiera que también se puede incluir dentro de los envíos postales a ciertos paquetes cuyo contenido puede ser diverso, no se descarta que dentro de estos se remitan instrumentos, objetos, efectos o ganancias del delito o algún otro bien sujeto a decomiso según ley, siendo plenamente posible que dichos elementos u objetos puedan tener valor económico que justifique su posterior decomiso, aun cuando en principio puedan tener una utilidad netamente probatoria o para el esclarecimiento de los hechos. Si ello es así, no hay problema alguno para que estos envíos postales puedan ser materia de ***incautación.***

En este caso, como en cualquier tipo de incautación, deberá autorizarla el Juez, salvo supuestos excepcionalísimos en que podría realizarla el Fiscal o la propia Policía, en casos de extrema urgencia; pues al tratarse de una injerencia de cierta significación en el ámbito de lo personal, íntimo o reservado de la persona, en primer lugar debe autorizarse o realizarse la interceptación postal, sea de los envíos del sospechoso o de los que a este se envían; inclusive puede realizarse sobre envíos remitidos a terceros, si es que se tiene la certeza que en realidad estos son remitidos por o al sospechoso a través de tercera persona.

El Código Procesal Penal realiza un amplio desarrollo referido a la incautación de correspondencia y envíos postales, sin embargo, tal como ya lo hemos adelantado, ello está referido fundamentalmente al secuestro con fines de esclarecimiento de los hechos, mas no propiamente a la incautación con fines de decomiso, por ello el tratamiento detallado de esta cuestión la desarrollaremos al tratar el secuestro.

2.16. INCAUTACIÓN DE RECURSOS FINANCIEROS

Tal como ya lo hemos referido con anterioridad, para fundamentar la incautación y el posterior decomiso de bienes o activos, se requiere que estos tengan un valor económico o patrimonial, pues, el fundamento del decomiso del producto del delito es privar al agente del delito de un enriquecimiento indebido a través del delito, solo en el caso de instrumentos o medios del delito, el fundamento es la peligrosidad objetiva, esto es, el peligro de utilización del instrumento en la comisión de nuevos delitos.

La gran mayoría de bienes, obviamente, posee valor económico o patrimonial y por ello no hay problema para disponer su incautación y posterior decomiso; sin embargo, el ordenamiento jurídico reconoce valor patrimonial a ciertos elementos u objetos, a los cuales se los considera portadores en sí mismos de este valor. Así tenemos los títulos valores

---

[184] MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (2005): --------- p. 246.

materializados (contenidos en soportes materiales como formatos de papel, etc.) que representan o incorporan derechos patrimoniales, siempre que estén destinados a la circulación y reúnan los requisitos formales esenciales establecidos por la ley, según su naturaleza. Asimismo, también se consideran valores patrimoniales con los mismos efectos de los títulos valores, a aquellos valores desmaterializados representados por su "anotación en cuenta y su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores" (Superintendencia de Banco y de Seguros o la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores – CONASEV), de conformidad con los artículos 1° y 2° de la Ley de títulos Valores N° 27287; en este último caso los valores no aparecen representados o incorporados en soporte material alguno, simplemente se reconoce su existencia por la anotación respectiva. Estos títulos valores se rigen por el principio de literalidad por lo que su valor patrimonial debe estar expresado en una suma de dinero con el respectivo signo o unidad monetaria, lo cual constituye requisito esencial para su existencia y efectos jurídicos (artículo 5° de la Ley de Títulos Valores).

Los principales títulos valores son la letra de cambio, el pagaré, la factura conformada, el cheque, los certificados bancarios en moneda extranjera y nacional, el certificado de depósito y el Warrant, los títulos de créditos hipotecario negociables, el conocimiento de embarque y la carta porte, los valores inmobiliarios (valores representativos de participación, acciones de sociedades, certificado de participación en fondos mutuos de inversión, valores emitidos en procesos de titulización, valores representativos de deuda, bonos, papeles comerciales, letras hipotecarias, cédulas hipotecarias, certificados de depósitos negociables, bonos públicos, etc.); tal como lo establece la Ley de Títulos Valores.

Los títulos valores y valores en general configuran un valor patrimonial autónomo, por lo que pueden incautarse o decomisarse sin problema alguno. A estos títulos y valores también se les conoce como recursos financieros, tal como lo señala la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1104. En tal sentido podemos afirmar que los **recursos financieros** son los activos que tienen algún grado de liquidez, y obviamente entre estos recursos también se comprende al dinero en efectivo. Por ello, en general, al hablar de recursos financieros, se hace referencia al dinero en efectivo, a los títulos valores, los créditos, los depósitos en entidades financieros, las divisas y las tenencias de acciones, bonos, etc.

El Decreto Legislativo N° 1104 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 093-2012-PCM, establece que los recursos financieros incautados o decomisados se depositan en las cuentas que determine la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público - DGETP del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con la CONABI, aun cuando de todos modos están a cargo de CONABI, para ello esta institución deberá suscribir los convenios correspondientes con las respectivas entidades financieras, tal como lo estipula el Artículo 29º del Decreto Supremo antes referido. Con ello, tal como ya lo hemos anotado, cambian los criterios establecidos en la legislación anterior, en la que se estipulaba que los recursos financieros debían ser depositados necesariamente en el Banco de la Nación.

17. INCAUTACIÓN Y DECOMISO

Con lo dicho hasta este momento en el presente trabajo, queda clara la diferencia entre el decomiso y la incautación, lamentablemente esta diferenciación aún no ha sido comprendida debidamente por muchos de nuestros operadores jurídicos; es por eso que no está demás plasmar las siguiente diferencias entre ambas instituciones:

a) La incautación es de naturaleza procesal e instrumental, dada su calidad de medida cautelar, se realiza con fines de aseguramiento de la concreción del decomiso, llegado que sea el momento (la sentencia o resolución definitiva); en cambio el decomiso es de naturaleza sustantiva y asume propiamente la calidad de "consecuencia aplicable del delito".

b) La incautación es de carácter temporal, mientras que el decomiso es de carácter definitivo.

c) Por la incautación no se priva al agente de la titularidad del derecho que aparentemente detenta, aun cuando dicha aparente titularidad queda en suspenso; mientras que por el decomiso toda supuesta titularidad sobre los bienes pasa a favor del Estado.

d) La incautación puede ser dispuesta por el Fiscal e inclusive por la Policía (artículos 59º y 94° del Código de Procedimientos Penales y artículo 316º del nuevo Código Procesal Penal); en cambio, el decomiso solo puede ser dispuesto por la autoridad jurisdiccional; sin embargo, ambos pueden ser dispuestos por la autoridad administrativa, cuando se trate de la investigación de infracciones administrativas o de la imposición de las sanciones respectivas.

e) La incautación puede efectuarse en una investigación policial (por lo menos por ahora), en una investigación fiscal preliminar, en una investigación preparatoria o en un proceso penal; el decomiso solo se efectúa en un proceso penal, sea al concluir el proceso mediante sentencia condenatoria o cuando el proceso concluya por cualquier otro mecanismo de terminación temprana.

f) Si hay absolución, no se producirá el decomiso (salvo casos de instrumentos o medios peligrosos o efectos de ilícito comercio o ciertos casos de absolución por inculpabilidad, excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad); en cambio, la incautación, al producirse fuera del proceso (en la investigación policial o en la investigación fiscal preliminar), se realiza previamente a la sentencia, por lo que no depende de esta; inclusive cuando se dicta dentro del proceso, igualmente no depende de la sentencia. Más aún, con la sentencia definitiva, caduca o pierde eficacia la incautación, ya que de ser condenado el procesado "titular" de los bienes incautados, en la propia sentencia se dispondrá la conversión de la incautación en decomiso, o en todo caso se dispondrá la devolución de los bienes a su titular, salvo casos de bienes de ilícito comercio; y si fuera absuelto, normalmente no habrá decomiso, sino, en general, devolución de los bienes; aun cuando esto último no es absoluto, puesto que el decomiso no depende de la acreditación del delito, siendo suficiente que estemos frente a un injusto penal (acción típica y antijurídica), sin que sea necesaria la culpabilidad o la punibilidad.

2.18. INCAUTACIÓN Y SECUESTRO

a) En general, ha quedado claro que la incautación es la medida cautelar o de aseguramiento del decomiso; en cambio por el secuestro se afecta cualquier bien, cuando resulte útil para la investigación o el proceso; su fundamento es netamente en pro de la investigación o esclarecimiento de los hechos.

b) La finalidad de la incautación es instrumental (asegura lo que deba resolverse en otro proceso) o en la sentencia definitiva; en cambio, el secuestro cumple su finalidad en sí mismo (finalidad estrictamente probatoria).

c) Los bienes o derechos incautados, normalmente se mantendrán afectados durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva y los bienes incautados, sean decomisados, destruidos o devueltos; en cambio, los bienes secuestrados, permanecerán en tal situación, solo en tanto y en cuanto sean útiles a la finalidad probatoria, cumplida esta finalidad deberán ser devueltos a su titular o detentador en cualquier memento (antes de la sentencia definitiva).

d) Con la incautación la titularidad de los bienes afectados queda en discusión y por ello, el afectado no podrá disponer de ellos o gravarlos; en cambio, en el caso del secuestro no existe discusión alguna sobre la titularidad, y por tanto el titular puede disponer de ellos o gravarlos aun cuando permanezcan secuestrados.

e) En nuestra legislación, los bienes afectados con la incautación, no pueden ser afectados con fines resarcitorios; en cambio los bienes afectados con el secuestro, pueden ser afectados con dichos fines sin problema alguno.

f) Se incautan únicamente ciertos objetos del delito, instrumentos, efectos o ganancias del delito, los bienes de las organizaciones criminales, los bienes por valor equivalente, y los bienes de origen lícito mezclados con los de origen delictivo (Decreto Legislativo N°1104); en cambio pueden ser objeto de secuestro el bien o derecho cualquier bien o derecho vinculado al delito, siempre que sean útiles para la investigación.

2.19. INCAUTACIÓN Y EMBARGO

a) Tanto la incautación como el embargo, son medidas cautelares dentro del proceso penal, pero la incautación se realiza sobre instrumentos, efectos y ganancias del delito, y demás bienes o activos señalados en el Decreto Legislativo N° 1104, esto es, se realiza sobre bienes cuya itularidad a favor de quien los detenta, se encuentra en discución; en cambio, el embargo se realiza sobre los bienes de la titularidad del agente del delito o del tercero civil, es decir sobre bienes cuya titularidad a favor de sus detentadores queda fuera de toda dicción.

b) La incautación tiene como finalidad el posterior y final decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito; el embargo tiene como finalidad garantizar al pago de las consecuencias pecuniarias del delito (reparación civil, pena de multa y costas procesales).

c) Los bienes embargados pueden ser sustituidos, o levantarse el embargo si se garantiza el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, quedando desafectados los bienes embargados; en cambio, los bienes incautados, no pueden ser sustituidos, a la vez que resulta altamente cuestionable su devolución antes de la sentencia final.

d) La incautación es una institución propia del proceso penal, en el único que puede disponerse el decomiso; por el contrario, el embargo es una medida cautelar general para garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria (puede utilizarse en todo tipo de procesos).

e) La incautación, en cuanto medida cautelar vinculada exclusivamente a asegurar la concreción del decomiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito, realizables únicamente en un proceso penal, no queda sujeta a la caducidad prevista en el artículo 625º del Código Procesal Civil; en cambio el embargo, queda sujeto a dicha caducidad.

f) La incautación, procederá en todos los casos en que se descubran o encuentren instrumentos, efectos o ganancias del delito; por el contrario el embargo, solo procederá si es que no estuviera garantizado, de algún modo, el pago de las obligaciones pecuniarias del agente del delito o del tercero. En el caso del tercero, este solo queda vinculado al pago de la reparación civil, en cambio el agente del delito, además de la obligación resarcitoria, queda vinculado al pago de la pena de multa y de las costas procesales.

g) Conforme al nuevo Código Procesal Penal, al solicitarse el embargo deberá ofrecerse la contracautela respectiva, la misma que debe ser adecuada, conforme al juicio del Juez; en cambio, para la disposición y ejecución de la incautación, no se requiere contracautela alguna, toda vez que para opere la incautación deben existir indicios suficientes de que se trata de instrumentos, efectos o ganancias del delito, sobre los cuales, quien mantiene en su poder dichos bienes o derechos, no ostenta derecho real alguno. O en el caso de los instrumentos del delito, la peligrosidad objetiva de los mismos en poder del agente del delito, justifica de modo suficiente, la disposición de la incautación sin condicionante alguno.

2.20. LA INCAUTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como venimos sosteniendo a lo largo de todo este trabajo, en el Código Procesal Penal se ha confundido totalmente a la ***incautación*** con el ***secuestro*** pese a que ambas instituciones tienen una función y un fundamento distinto dentro del proceso, la primera es una medida cautelar para asegurar el decomiso y el segundo es una medida coercitiva de carácter investigativo cuyo fin es el esclarecimiento de los hechos. Ello ha llevado a confusiones en la jurisprudencia y los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, como veremos más adelante. Pero lo que es peor, ha llevado a los operadores jurisdiccionales a considerar que toda medida de secuestro debe ser autorizada o confirmada por el Juez, aun cuando fuese consentida por el titular del bien afectado, de lo contrario se le niega todo efecto probatorio a la diligencia respectiva, con lo cual, obviamente, se entorpece la investigación del delito.

Pues, en el modelo acusatorio se faculta al Fiscal a realizar la investigación del delito y por tanto, se le tiene que facilitar los instrumentos procesales para lograr tal propósito; uno de estos es permitirle realizar afectaciones a ciertos bienes vinculados con el delito, sobre todo, cuanto el titular del bien lo permite. Sin embargo, no se le permite al Fiscal concretar la medida de secuestro, pese a que es un acto propiamente de investigación y no tiene incidencia alguna en la propiedad o derechos reales del bien afectado; al contrario de la incautación que, una vez realizada, no se permite al afectado realizar acto de disposición o gravamen alguno sobre el bien, puesto que esta se realiza porque se presume que el detentador del bien no tiene derecho alguno sobre el mismo, porque este es producto del delito (no se puede obtener derechos a través del delito). Justamente por eso es que en el caso de la incautación necesariamente se requiere de la autorización o confirmación del Juez, lo que no sucede con el secuestro que implica solo una afectación mínima a los derechos de los afectados con esta medida, y en muchos casos el propio afectado asiente la afectación del bien como una contribución al esclarecimiento de los hechos, y por ello, el Juez nada tendría que hacer. Por ello, hemos sostenido que esta parte del Código Procesal Penal es la menos lograda y debe modificarse a la brevedad posible si se quiere optimizar la investigación del delito.

Esta confusión se evidencia, cuando en los artículos 218° a 234° del Código Procesal Penal, en los que se establecen los criterios para el secuestro, pero llaman y tratan al secuestro como si se trataría de la incautación; lo que se repite en los artículos 316° a 320° en los que, en efecto, se desarrollan los criterios relativos a la incautación, habiéndose omitido prácticamente en todo el Código hablar de secuestro; solo en el epígrafe del artículo 220° se habla de "Diligencia de ***secuestro*** o exhibición", y efectivamente, en dicho artículo se desarrollan criterios referidos al secuestro; sin embargo, en el cuerpo del artículo, se vuelve a denominar incautación, al secuestro. Finalmente, también en el numeral 4 del artículo 399º se establece que en la sentencia condenatoria se resolverá sobre la reparación civil, ordenando cuando corresponda, la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y la entrega de los ***objetos secuestrados*** a quien tenga mejor derecho para poseerlos.

Felizmente, en nuevas normas como los Decretos Legislativos N° 1104, N° 1106, N° 1111, etc., ya se va entendiendo la naturaleza de ambas instituciones y se va dando un tratamiento adecuado a las mismas, aun cuando quedan todavía ciertos rezagos de confusión. Asimismo, en la modificación del artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, ya se habla de la incautación de modo adecuado. Si ello es así, los criterios contenidos en el Código Procesal Penal deben interpretarse conforme a los criterios contenidos en las referidas normas; debiendo de considerarse los artículos 218° a 234° del Código solo para el secuestro y los artículos 316° a 320° solo para la incautación. Obviamente, ello pasa por descartar la mayoría de los criterios contenidos en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema **N° 5–2010/CJ–116. 16/11/2010. FV: 7 a 15,** sobre la incautación, en donde desarrollan conceptos totalmente errados que en lugar de contribuir al esclarecimiento de los conceptos y categorías jurídicas, lo que hace es confundir a los operadores jurídicos, entorpeciendo la adecuada investigación del delito. Asimismo, a descartar criterios doctrinarios que hablan de incautación instrumental (secuestro) e incautación cautelar (incautación propiamente dicha), puesto que ello lleva a aplicar los criterios de la incautación al secuestro, pese a su naturaleza, función y fundamentos distintos.

peligro de que estos puedan ser ocultados, destruidos o alterados, dicha medida debe ser confirmada por mandato judicial, lo que si bien resulta necesario para el caso de la incautación, tal como ya lo hemos demostrado, no se requiere para el secuestro que es una medida o acto de investigación, y por tanto en el modelo acusatorio, es de competencia del Fiscal.

Esta confusión entre el secuestro y la incautación contenida en el Código Procesal Penal y el Reglamento de la Fiscalía de la Nación, medianamente ha sido aclarada con el Decreto Legislativo N° 1104, el que establece, con toda claridad, que la encargada de la administración, custodia, adjudicación remate y eventual devolución de los bienes incautados (con fines de decomiso) es la Comisión Nacional de Bienes Incautados – CONABI, en la misma que no se comprende a bienes secuestrados, sino solo a incautados; norma que se complementa con el artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros modificada por el Decreto Legislativo N° 1111, que encarga la administración y custodia de los bienes incautados en los delitos aduanero y de contrabando, a la Autoridad Aduanera. Con ello se deja sin efecto, a todas las entidades que tenían estas facultades como el Fondo de Pérdida de Dominio (FONDEP), OFECOD (Oficina Ejecutiva de Control de Drogas), FEDADOI (Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado), COMABID (Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados), y la Superintendencia de Bienes Nacionales, que se encargaba de la administración y custodia de los bienes incautados relacionados con los delitos de terrorismo. Pero claro, todos estos casos están referidos a la incautación propiamente dicha (no al secuestro, que el Código Procesal Penal y el Reglamento de la Fiscalía de la Nación la confunden con la incautación), tal como lo hemos visto al tratar la administración y custodia de bienes incautados, criterios que se complementan con lo dispuesto por el artículo 318º del Código Procesal Penal.

No obstante, debe quedar claro que la administración de bienes ***secuestrados,*** queda a cargo del Ministerio Público, tal como lo dispone el artículo 221° del Código Procesal Penal y la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 729-2006-MP-FN, la misma que deberá modificarse para adecuarse a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1104 y el artículo 13° de la Ley de Delitos Aduaneros modificada por el Decreto Legislativo N° 111, que regula la administración y custodia de los bienes incautados. Por lo que el Reglamento solo deberá comprender a los bienes secuestrados.

3. LA INCAUTACIÓN Y EL SECUESTRO EN LOS ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA

El Acuerdo Plenario N° 5–2010/CJ–116, del 16 de noviembre del 2010, en sus fundamentos jurídicos del 7 a 15, desarrolla algunas ideas supuestamente vinculantes respecto a la incautación; sin embargo, como quiera que al igual que la norma procesal penal, trata al secuestro y a la incautación como si fueran la misma institución, incurre en los mismos errores que hemos apuntado a lo largo de este trabajo y por ello consideramos que los operadores jurídicos no deben vincularse a este Acuerdo. Pues, como hemos señalado en otro lugar, en los sistemas del *civil law*, la consolidación de los precedentes vinculantes no se ha producido por la práctica o decisión de los propios órganos jurisdiccionales, sino más bien por la promulgación de

normas legislativas autoritativas. En el caso del Perú, a través de normas expresas se autoriza al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional para que emitan, este tipo de precedente o jurisprudencia vinculante; estas normas fundamentalmente son el artículo 301°-A del Código de Procedimientos Penales introducido por el D. Leg. N° 959, que autoriza a las Salas Penales de la Corte Suprema a expedir jurisprudencia y acuerdos vinculantes; el artículo 433°.3 del Código Procesal Penal, que autoriza a las Salas Penales de la Corte Suprema para expedir sentencias casatorias y plenarios casatorios vinculantes. Asimismo, los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que autoriza al Tribunal Constitucional para expedir Precedentes y doctrina jurisprudencial vinculante. Igualmente, el artículo 400 del Código Procesal Civil, el artículo 40 del Texto Único Ordenado del Proceso Contencioso Administrativo, la Ley Procesal del Trabajo N° 29497 y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a la Corte Suprema para expedir precedentes vinculantes en materia civil, contencioso-administrativa, laboral y constitucional respectivamente.

Con esta normatividad autoritativa las Salas Penales de la Corte Suprema y el Tribunal constitucional han iniciado una carrera acelerada de producción de precedentes y jurisprudencia vinculante pretendiendo reemplazar a los órganos legislativos así como a la doctrina, lo que los ha llevado a la sobreabundancia de precedentes improvisados y cuestionables que de algún modo ponen en tela de juicio la validez y eficacia de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico, como se verá más adelante.

No obstante, aun cuando existen las normas autoritativas anotadas, no existe norma alguna que faculte a las Salas Penales de la Corte Suprema a dictar Acuerdos Plenarios de naturaleza vinculante; por ello el nivel de vinculatoriedad de estos Acuerdos, solo dependerá de la fuerza persuasiva de los argumentos que se presenten para fundamentar sus conclusiones, y si esta fuerza argumentativa fueran débil o inexistente dichos Acuerdos no tendrán ningún efecto vinculante.

En el presente caso, el Acuerdo bajo comentario, solo ha generado confusiones y revela ausencia de conceptos claros sobre la incautación y el secuestro, por lo que los jueces deberán desvincularse de su contenido. En efecto, establece en sus fundamentos del 7 al 15:

"§ 1. Aspectos generales. Objeto de la incautación.

7°. *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- (arts. 218° al 223° del NCPP), y como medida de coerción -con una típica función cautelar (art. 316° al 320° del NCPP)-. 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 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. Aún 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 CP.

8°. *La incautación instrumental (art. 218° NCPP) recae contra* ***(i)*** *los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra* ***(ii)*** *las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias 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 por;*

- ***A.*** *'Cuerpo del delito', además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de TID-.*
- ***B.*** *Las 'cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las 'piezas de ejecución': medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas 'piezas de convicción': cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.*

9°. *La incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.*

- ***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 mercancía, 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, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etc., para lo que se requiere una regulación específica. En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (art.102° CP).*

10°. *Como se advierte de los parágrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102° y ss del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-. Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se*

trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§ 2. Régimen de la incautación.

11°. *La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.*

A. *En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el art. 259° NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.*

B. *Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas "primeras diligencias"- requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina "peligro por la demora", en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera -la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis-.*

C. *Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (art. 317° NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.*

12°. *La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del parágrafo anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía* motu proprio *o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatoria de la incautación policial-fiscal. La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (arts. 203° y 254°.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; solo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en*

especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§ 3. Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales.

13°. *La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, parágrafo 10°, literal c)- o después de ella -regla general, parágrafo 10°, literales 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' (artículo 203°.3 y 317°.2 NCPP). 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, solo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse 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-.*

14°. *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.*

§ 4. Reexamen de la incautación.

15°. *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. 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, dice el art.319°.2 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. Esta norma no significa que solo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -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 N° 5–2010/cj–116, del 16 de noviembre del 2010, en sus FJ: 7 a 15.

En síntesis, en este Acuerdo Plenario se ha establecido que:

1. La incautación 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; y que en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, propiamente medida instrumental, y como típica medida con función cautelar.
2. Los bienes y objetos que pueden incautarse cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso y asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba.
3. La incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos[202] del delito permitidos por la ley.
4. Resulta particularmente complicado establecer la función que prima en el caso concreto. Esto es, si se le concede una función cautelar o una función probatoria o de investigación (de esclarecimiento del hecho). Que por ello, a efectos de establecer la función de la incautación ha de tenerse en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.
5. Respecto a la autoridad que debe dictar la incautación (sea como instrumental o cautelar), es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, siempre que sea urgente pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria. De no existir urgencia deberá disponerla el Juez.

[202] Respecto a los objetos del delito, el Acuerdo señala que son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito,

6. Que la incautación se sustenta en el riesgo fundado que de no incautarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad o se frustraría el ulterior decomiso.
7. En caso de la ausencia de resolución judicial, o de incumplimiento del plazo para requerir la resolución judicial, aun cuando se vulnera un requisito de la actividad procesal, no importa un defecto de nulidad absoluta e insubsanabilidad.
8. A falta de intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, se rechazará provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustente en la incautación.

Al respecto, desde una perspectiva de *lege lata*, los puntos tratados resultan conformes al contenido de las normas respectivas del Código Procesal Penal. Lamentablemente, en dichas normas, se ha confundido totalmente la institución del *secuestro con la incautación* (como veremos más adelante), habiéndolas regulado como si se tratase de una misma institución procesal, pese a que la doctrina y la legislación comparada las trata de modo diferenciado, ya que tienen su propio fundamento, su propia finalidad y su propia forma de operar en el proceso penal. Y más todavía, cada una de estas medidas puede ser dispuesta por autoridad distinta, en un modelo procesal penal acusatorio, como el plasmado en nuestro Código Procesal Penal.

Siendo así, ante tal confusión normativa, era de esperarse que a través de una decisión jurisprudencial o de un acuerdo como el presente, se propendiera a la aclaración de estos temas. Sin embargo, ello no ha sucedido, y por el contrario, arrastrando los mismos errores de la norma y de cierta doctrina inadecuada existente al respecto, que en lugar de aportar pautas dogmáticas para una adecuada interpretación y aplicación de las normas, ha contribuido a la total tergiversación de las instituciones del secuestro y la incautación dentro del proceso penal, desperdiciándose de este modo el rendimiento práctico que ambas instituciones están llamadas a cumplir. En efecto:

1. Respecto al primero y segundo puntos, es correcto sostener, como se hace en el Acuerdo, que la incautación es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas incautadas o secuestradas relacionadas con el hecho punible. Sin embargo, no nos parece correcto afirmar que tiene una naturaleza dual, como se sostiene en el presente Acuerdo (medida de búsqueda de pruebas y medida cautelar).

   Pues, debe precisarse que cuando se habla de medida de búsqueda de pruebas se está haciendo referencia a la institución procesal del secuestro, regulado en arts. 218° al 223° del CPP; y cuando se habla de medida cautelar se refiere a la incautación propiamente tal, regulada en art. 316° al 320° del CPP. Estas instituciones, aun cuando la norma procesal las confunde, son totalmente distintas, puesto que tienen funciones y fundamentos distintos. Asimismo, la autoridad que debe disponerlas y ejecutarlas es distinta; así como también su operatividad dentro del proceso es distinta. En tal sentido, no se las puede tratar como si fueran lo mismo.

   La ***incautación*** como medida cautelar consiste en la afectación de bienes o activos con la finalidad de asegurar la concreción del decomiso que se pudiese disponer en la sentencia o resolución final; su función es evitar actuaciones perjudiciales que impidan la efectividad de

la sentencia en relación al decomiso. Por un lado, defiende los derechos subjetivos, garantizando su eficacia, y por otro consolida la seriedad y eficacia de la función jurisdiccional. Su fundamento es el aseguramiento del decomiso, con lo cual se vincula a la necesidad de poner fin a la peligrosidad objetiva de instrumentos o bienes de las organizaciones delictivas, así como algunos efectos intrínsecamente delictivos o peligros, etc.[203], que se encuentran en poder de los agentes del delito; o también evitar el enriquecimiento indebido de los agentes del delito con los efectos y ganancias del mismo.

Por su parte el ***secuestro,*** es una medida de coerción real consistente en un acto de investigación, tiene por finalidad conservar cualquier bien u objeto, y en general cualquier elemento de prueba, que deba ser incorporado al proceso y valorado por el órgano jurisdiccional en el momento pertinente, de modo que puedan apreciarse en el estado inicial en que se encontraban y ser útiles para sustentar eficazmente la sentencia[204]. En este sentido el secuestro y la incautación quedan debidamente diferenciados, el secuestro tiene un fin en sí mismo, en cuanto acto procesal o de investigación; en cambio, la incautación resultan instrumental respecto a lo que se resuelva en la sentencia definitiva; esto es, sirve para que las consecuencias jurídicas del delito (decomiso), establecidas en la sentencia, sean realmente ejecutadas o cumplidas.

Como quiera que la incautación se dispone cuando se presume que nos encontramos frente a instrumentos, efecto o ganancias del delito (respecto a los cuales el ordenamiento jurídico no reconoce, al agente, el derecho de propiedad), al concretarse la incautación la titularidad de los bienes afectados queda en discusión (y por ello no se podrá disponer de ellos a gravarlos); en cambio en el caso del secuestro no existe discusión alguna de dicha titularidad, y por tanto, el propietario puede disponerlos o gravarlos aun cuando permanezcan secuestrados.

Los bienes o derechos incautados, normalmente se mantendrán afectados durante todo el proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva y se disponga el decomiso o la devolución de los bienes (salvo que en el curso del proceso se desvirtúe la calidad de efectos o ganancias del delito de los bienes y la incautación tenga que levantarse); en cambio los bienes secuestrados, permanecerán en tal situación, solo en tanto y en cuanto sean útiles a la finalidad probatoria, cumplida esta deberán ser devueltos a su titular o detentador en cualquier memento (antes de la sentencia definitiva).

---

[203] El decomiso ordinariamente procede sobre los instrumentos, efectos y ganancias del delito (en ciertos casos puede proceder sobre el objeto del delito, cuando este es de ilícito comercio o intrínsecamente delictivo). No obstante, a partir de la promulgación de la Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. Nº 1104 (cuya acción en buena cuenta, consiste en un supuesto de decomiso fuera del proceso penal), también el decomiso puede operar sobre bienes de propiedad del agente (decomiso por valor equivalente o decomiso impropio), sobre bienes de las organizaciones delictivas (aunque estos no sean instrumentos, efectos o ganancias del delito), así como también sobre bienes lícitos que se mezclan con los de origen ilícito. En tal sentido, actualmente, los bienes sujetos a decomiso se han incrementado.

[204] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *"La Coerción real en el proceso penal".* En, II congreso Internacional de Derecho Penal. Consecuencias Jurídicas del Delito. Ara Editores, Lima, 1997, p. 96.

Como refiere GIMENO SENDRA: "Su función no es sino la de conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el órgano competente para el conocimiento y fallo (…). Son simplemente medidas de aseguramiento y conservación de bienes y cosas que deberán ser apreciadas por el tribunal con posterioridad: son medidas de aseguramiento de la prueba en fase oral". GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *"Lecciones de derecho procesal penal".* Colex, Madrid, 2003, p. 303.

Siendo así, puede apreciarse claramente que el secuestro y la incautación son instituciones distintas y no se les puede dar el mismo tratamiento, puesto que ello lleva a confusiones innecesarias que van en desmedro de la adecuada aplicación y aprovechamiento práctico de estas instituciones. Y claro, el hecho de sostener que existe un tipo de incautación cautelar y otro instrumental, no supera la inconveniencia, porque con ello de todos modos se les adjudica a ambas instituciones igual naturaleza, lo que lleva a aplicar todos los criterios previstos para la incautación, también al secuestro, llegándose a poner en duda la titularidad de los bienes secuestrados, lo que desnaturaliza la institución y lleva a considerar que los bienes materia de incautación pueden entregarse a su detentador, aun cuando no se haya desvirtuado su condición de instrumento, efecto o ganancia del delito.

Por ello, a fin de evitar los errores en que se incurre en al Código Procesal Penal y se repite en este Acuerdo, consideramos que debe interpretarse dicha normatividad en concordancia con el contenido de otras normas que desarrollan y complementan esta temática como la Ley de Lavado de Activos, D. Leg. Nº 1106 y la Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. Nº 1104.

2. De otro lado, en cuanto el Acuerdo sostiene que la incautación cautelar incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley. Es de considerar que los objetos del delito, tal como se sostiene en el propio Acuerdo, son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito; esto es, el objeto del delito puede consistir en un bien con un titular reconocido (cosas hurtadas), en bienes intrínsecamente delictivos (drogas) y bienes fuera del comercio (armas no permitidas para uso civil).

   Si se tratara de las dos últimas clases, no es posible reconocer derechos reales (propiedad) sobre los bienes a los particulares, y por tanto, cuando se hallan e intervienen estos bienes, no se está actuando cautelarmente, puesto que el destino de los bienes no queda sujeto a lo que se resuelva finalmente en la sentencia, sino que con la afectación de los bienes se priva definitivamente de estos a sus eventuales detentadores, y por ello mismo, no se trata de una incautación sino propiamente de un decomiso. En tal sentido, no puede sostenerse que en estos casos, el objeto del delito es materia de incautación. Asimismo, si es que se tratara de bienes de la titularidad de alguien (como los bienes hurtados) tampoco se podrá incautar tales bienes, pues, una vez que sean hallados se los entregará a su titular, salvo que se requiriese efectuar alguna pericia o diligencia especial, en cuyo caso, de todos modos se entregará el bien a su titular una vez que se haya cumplido esta finalidad, sin que en ningún caso proceda la incautación sobre estos bienes. Los únicos casos en que se puede sostener que el objeto del delito es materia de incautación, será en los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo, en los cuales el dinero u otros activos son objeto de estos delitos y se deben decomisar necesariamente; pero sobre todo, por constituir efectos del delito previo, en el delito de lavado de activos, y por estar vinculados a las actividades de las organizaciones delictivas en el caso del financiamiento del terrorismo.

4. De otro lado, en cuanto el Acuerdo señala que resulta particularmente complicada establecer la función cautelar o la función probatoria o de investigación de la incautación, por lo que a efectos de establecer su función ha de tenerse en cuenta el estado de la causa; nos parece un esfuerzo por esclarecer la confusión conceptual en que se incurre en el Acuerdo, pero no un argumento serio. Pues, el secuestro o los bienes secuestrados, mantendrán tal condición

durante todo el proceso (investigación y juicio); lo mismo, la incautación tendrá esa calidad durante todo el proceso. Distinto será el caso en que un bien que constituye efecto o ganancia del delito, y por ello será materia de la medida cautelar de incautación previa al decomiso y, a la vez, pudiese servir para el esclarecimiento del hecho (como elemento de prueba), en cuyo caso, deberá imponerse sobre dicho bien ambas medidas coercitivas, esto es, se levantará el acta de secuestro e incautación de dicho bien; procediéndose a aprovechar su utilidad probatoria y finalmente procederse a su decomiso. Y claro, ello no determina que en un estado del proceso la misma medida pueda ser considerada como secuestro y en otro estadio del proceso pueda considerarse como incautación, como erradamente se sugiere en el Acuerdo bajo comento.

5. Obviamente, la confusión conceptual respecto al secuestro e incautación, ha llevado a sostener en el Acuerdo que no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional. Advirtiéndose que en este caso, se está refiriendo al secuestro (mal llamado en el Acuerdo, incautación instrumental), el cual como se ha señalado es un acto de investigación, y por tanto, la autoridad que debe realizarla en el modelo acusatorio, es el Fiscal y no se requiere de disposición, autorización o revisión judicial (salvo la evaluación que se hará en la etapa intermedia, pero ello opera para todas las pruebas, no solo para los elementos probatorios afectados por el secuestro), o que se trate de supuestos en que la realización del secuestro afecte otros derechos fundamentales, y por ello se requiere la autorización o confirmación judicial (secuestro de documentos privados o secuestro de bienes que se encuentran en lugar cerrado y es necesario previamente el descerraje. En tal sentido no se puede sostener, como se hace en el Acuerdo, que ante "la falta de intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se haya cumplido con el correspondiente control y evaluación jurisdiccional". Pues como se aprecia claramente, ello es consecuencia del error conceptual en que se incurre el confundir el secuestro con la incautación.

   Como puede advertirse, esta confusión tiene gran relevancia práctica, pues como se dice en el Acuerdo, "se rechazará provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustente en la incautación"; con lo que se desconoce la facultad del Fiscal para acopiar elementos probatorios para fundamentar sus requerimientos; peor aún, ni siquiera se toma en cuenta los casos en que el afectado con la medida de secuestro (mal llamado incautación instrumental) puede prestar su consentimiento para la afectación del bien, y por tanto no se estaría afectando derecho alguno (pues se trata de derechos disponibles –derecho de propiedad u otro derecho real-), y en consecuencia, no se requiere de la intervención jurisdiccional (la misma que como se sabe solo opera para tutelar derechos).

6. No obstante, debe quedar claro que estas inconveniencias se presentan solo para el secuestro, puesto que en la incautación, al ponerse en juego la titularidad de los bienes o activos afectados, necesariamente se requerirá de la intervención del Juez, salvo casos de urgencia en que puede disponerla y ejecutarla la Policía o el Fiscal, pero necesariamente se tendrá que requerir la confirmación judicial.

En conclusión, el presente Acuerdo no aporta mayores luces respecto a la interpretación de las normas respecto a la incautación y al secuestro, las mismas que resultan erradas en el Código Procesal Penal, por el contrario contribuye a su confusión, y lo que es peor, resta

facultades al Ministerio Público para el acopio de elementos probatorios y realizar una investigación eficaz. Claro que ello va de la mano con el criterio esbozado en el CPP que no ha diseñado un instrumento adecuado para una debida investigación del delito, lo que está generando un incremento significativo de la impunidad en los Distritos Judiciales donde está en vigencia.

Asimismo, en el caso de los efectos o ganancias del delito, si existiesen suficientes elementos de convicción, en el sentido de que efectivamente se trata de productos del delito, ello por sí mismo constituye una situación de ilicitud no permitida por el Derecho, de la misma que no nacen derechos reales a favor del agente del delito o eventuales terceros; y por ello, como una medida de protección o de profilaxis del propio ordenamiento jurídico, se debe privar de los bienes o cosas a sus ilegales detentadores, y pasar la titularidad de dichos efectos o ganancias a favor del Estado. Si ello es así, no se puede condicionar o limitar la disposición o ejecución de la incautación, solo a los supuestos en que exista peligro de libre disponibilidad; pues, ello restaría totalmente la funcionalidad de esta institución, haciéndola inoperante. Además, con condicionantes de este tipo, se propiciaría que los agentes del delito, y particularmente las organizaciones criminales, sigan usufructuando el patrimonio criminal, con la consecuente impunidad y multiplicación del fenómeno criminal.

Sin embargo, y a pesar de todo, creemos que puede dejarse de lado la aplicación de este Acuerdo en este extremo, puesto que existen normas posteriores como los Decretos Legislativos Nº 982, N° 983, N° 986, N° 988, N° 989 y N° 992, y particularmente los Decretos Legislativos Nº 1104 y N° 1106, que manejan un criterio general de los fundamentos de la incautación, y sobre todo, no establecen condicionamiento alguno.

UNIDAD III: LA IMPUGNACIÓN

LECTURA OBLIGATORIA

CRUZ LEZCANO, Carlos. (2008). *EL RECURSO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: Una aproximación al tema*. Revista Oficial del Poder Judicial, 2, 199 - 220. 01/04/2016, De www.pj.gob.pe Base de datos.

PREGUNTAS

1. ¿Qué es el recurso de adhesión?
2. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del recurso de adhesión?
3. ¿Cuál es la relación entre el principio de congruencia y el recurso de adhesión?
4. ¿Por qué se dice que el recurso de adhesión es de autonomía relativa?

EL RECURSO DE ADHESIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO: Una aproximación al tema

CARLOS CRUZ LEZCANO*

Resumen

El Código Procesal Civil recoge la figura de la adhesión a la apelación, como también lo hizo el Código de Procedimientos Civiles de 1912, en ambos casos, sin un desarrollo puntual. En esta perspectiva, el autor aborda el tema bajo el marco teórico propio del recurso de apelación, desarrollando cada uno de los principios e instituciones que le son esenciales; llegando a fundamentar, frente a la postura que identifica como amplia, una posición a la que caracteriza como restringida, y según la cual la adhesión a la apelación es, en rigor, un recurso, excepcional, de autonomía relativa y de alcance restringido, muy similar a la apelación incidental del proceso civil italiano, distante, por tanto, de la impugnación a la apelación del derecho procesal español.

Palabras clave: Eficientismo, recursos, apelación, adhesión.

Abstract

The Civil Procedural Code gathers the figure of the preference to the appeal resouce, as it is in the Code of Civil Procedures of 1912, in both cases, without a notorious development. In this perspective, the author approaches the subject under the own theoretical point of view of the appeal resource, developing each one of the principles and institutions that are essential; getting to base, in front of the position that it identifies like ample, a position to which characterizes as restricted, and according to which the preference to the appeal is an exceptional resource of relative autonomy and restricted reach, very similar to the incidental appeal of the Italian civil process, therefore very different from the opposition to the appeal of the procedural right in Spain."

Key words: appeal resource, preference.

Sumario

1. Motivación y estado de la cuestión. 2.- Naturaleza jurídica de la adhesión a la apelación 3.- Determinación de la naturaleza jurídica de la adhesión a la apelación. 4.- Los fundamentos de la adhesión en sentido amplio. 5.- La adhesión restrictiva: las razones.

* Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y docente Universitario.

1. MOTIVACIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

En un estudio sugestivo sobre adhesión a la apelación el profesor peruano Héctor Lama More refiere que, desde antiguo, subsiste en torno a ella la siguiente interrogante: ¿puede quien no impugnó de manera oportuna la sentencia – o el auto -, solicitar al superior que cuando revise la recurrida respecto de los extremos cuestionados por el apelante, la revise también respecto de las otras materias no incluidas en la apelación, pero que le causan agravio? En respuesta, desde la época de Justiniano se pensó que sí, permitiendo con ello a quien no apeló comparecer ante el superior a efecto de solicitarle revise también lo que agravia a sus intereses; apareciendo así la figura procesal que posteriormente ha sido conocida como "adhesión a la apelación". [1]

En este claro sentido, la discusión se centra en determinar si quien hace uso del mencionado medio de impugnación, adhiriéndose al recurso – de apelación – interpuesto por la otra parte, solo puede expresar agravios relacionados con lo que fue materia de la apelación o, por el contrario, le está permitido introducir también agravios respecto de otras materias que no fueron objeto de aquella. En otras palabras ¿Puede el superior revisar los extremos de la sentencia o del auto que no fueron cuestionados por el apelante, por haberlo sido por el que se adhiere a la apelación?

El referido autor opta por una respuesta afirmativa a la cuestión[2], esto es, que en su concepto el que se adhiere puede introducir cualquier materia contenida en la sentencia o auto apelado que le cause agravio, aún cuando el apelante no lo haya incluido en su recurso. Así, su posición quedaría graficada con el siguiente ejemplo:

> "Juan venció a Francisco – en primera instancia – en un proceso que él inició con el objeto de que éste le pague por los daños y perjuicios que le había ocasionado; dicha decisión fue consentida por Francisco, pues no interpuso contra ella recurso alguno; sin embargo, al percatarse Juan que su contraparte había sido exonerada del pago de costas y costos del proceso, apela de dicho punto con el objeto de que el superior condene al vencido al pago del referido concepto. Elevados los autos al superior y notificado Francisco con el decreto que le confiere traslado de la apelación, éste se adhiere al citado recurso e impugna el extremo de la sentencia que le condena al pago de la indemnización a favor de Juan, señalando, entre otros argumentos, que la misma se había expedido sin haberse acreditado la existencia de los daños invocados, y solicita al superior revoque dicho extremo y declare infundada la demanda".

En un estudio publicado en 1968 el profesor de la Universidad Central de Venezuela - y entonces vocal de la Corte Suprema de Justicia de ese país - don Luis Loreto destacaba que con la apelación pasaba lo mismo que con muchas instituciones procesales: por ser de naturaleza instrumental y técnica, encierran contenidos normativos cuyo alcance práctico y dogmático ha sido pacíficamente recibido por la tradición, sin que el legislador se haya preocupado de expresarlos y definirlos, de fijar su eficacia y precisar sus confines, causas estas que, a menudo, son motivo de confusión y perplejidad en el intérprete y de desorientación en la Doctrina[3].

Perplejidad y desorientación que es especialmente perceptible en nuestro sistema procesal civil cuando se encara el análisis de la *adhesión a la apelación*, la que, no obstante haber sido receptada desde el Código de Procedimientos Civiles de 1912, ochenta años después, no exhibe un desarrollo elaborado.

En efecto, en el Titulo XII sobre Medios Impugnatorios, Capítulo III sobre apelación, el Código Procesal Civil peruano (CPC) contiene cinco disposiciones que hacen referencia puntual a la figura de la ***adhesión***, éstas están contenidas en los artículos 367º, 370º, 373º, 376º y 377º. Ninguna de ellas define su naturaleza jurídica, tampoco fija sus alcances, no obstante, dos insinúan pistas que permiten iniciar su análisis: el artículo 370º, que regula la competencia del juez superior en relación al recurso de apelación, precisando que éste no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante (prohibición de *reformatio in peius*), salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido; y, el artículo 373º que regula el plazo y trámite de la apelación de sentencias, precisando que, al contestar el traslado, la otra parte podrá adherirse al recurso, fundamentando sus agravios, de los que se conferirá traslado al apelante por diez días; agregando que el desistimiento de la apelación no afecta a la adhesión.

La inserción de la figura en el ámbito de los medios impugnatorios recogidos por el CPC provoca, entre otras, algunas interrogantes puntuales: ¿es la adhesión a la apelación un recurso? En tal caso, ¿cuáles son sus características? y, especialmente, ¿cuáles serían los alcances que tiene o debería tener en el sistema del proceso civil peruano?

Ensayar respuestas pasa necesariamente por examinar la institución en el marco de los medios impugnatorios acogidos por el mismo Código, con especial énfasis en el recurso de apelación. En esta línea, nos proponemos fundamentar una postura a la que denominamos restringida, conforme a la cual la adhesión a la apelación debería suponer la posibilidad del apelado de

contradecir, en segunda instancia, solo los artículos apelados, a fin de evitar mayores gravámenes o afectaciones a sus derechos, pero, en modo alguno, debería implicar que éste recupere todas sus facultades impugnatorias como si recién apelara, que es la opción que precisamente defiende el referido profesor Lama More.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADHESIÓN A LA APELACIÓN

2.1. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

En la sistemática del Código Procesal Civil el legislador peruano ha fijado el tema de los medios impugnatorios definiéndolos por su finalidad. Así en el artículo 355º ha precisado que por medio de ellos las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error. Seguidamente, el artículo 356º efectúa su clasificación distinguiendo entre remedios y recursos: los primeros son aquellos que pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones; los segundos, en cambio, se formulan por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado. Señalando, con clara precisión, que son recursos: la reposición, la apelación y el extraordinario de casación.

2.2 OBJETO DE LOS RECURSOS

Una concepción ampliamente extendida sobre los recursos parte del presupuesto de la falibilidad humana[4]. Y, pues las equivocaciones de las partes, los errores del juez, la oscuridad de las leyes, la eventualidad de interpretaciones contradictorias o diversas de las reglas jurídicas, pueden originar inconformidad entre la decisión judicial y las reglas abstractas de la ley[5]. A partir de ello es que se impone la necesidad de una revisión de lo decidido por otro órgano – generalmente colegiado – que reduzca tal margen de error que agravie al o los litigantes. En rigor de concepto, los márgenes de error en las decisiones jurisdiccionales no son una realidad extinguible, como no es extinguible la diversa lectura, interpretación o ponderación de los derechos. Se aspira, a lo sumo, a que los márgenes de error se reduzcan a la menor expresión posible, a partir de la cual la justicia (en el sentido de aplicación de pautas jurídicas) sea más o menos predecible.

En esta línea, el profesor argentino Juan Carlos Hitters ha señalado que el sistema impugnatorio en realidad sirve a un doble fin: por un lado se busca el

aumento de las garantías de una correcta administración de justicia; y por otro, la unidad de la jurisprudencia; objeto este último que se cumple a cabalidad a través de la casación[6].

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN

Es pacífica la idea conforme a la cual la apelación es el recurso ordinario que permite el ejercicio del principio judicial de doble grado de jurisdicción, y en virtud del cual otro juez – o colegiado de jueces – jerárquico superior examina nuevamente la resolución impugnada con el objeto de corregir el error que hubiere incurrido el Juez de origen, revocándola o invalidándola. Los poderes del Superior en esta tarea son amplios, en el sentido que puede revisar no solo lo decidido finalmente por el Juez inferior, sino también lo actuado en esa instancia, es decir, puede revisar los errores en el pronunciamiento, así como los que se presenten durante el procedimiento; ello siempre y cuando haya sido objeto de agravio expresado de manera oportuna en el recurso, dado el carácter dispositivo del mismo[7].

Como se sabe también, el órgano judicial revisor tiene límites aceptados de manera pacífica en la doctrina, los que han sido fijados también en el derecho comparado. Tales límites se refieren al hecho de que éste órgano superior no puede someter a examen asuntos que no han sido expresados como agravio por el apelante (*tantum devolutum, quantum apellatum)* ni pude expedir pronunciamiento causando perjuicio a éste (prohibición de la *reformatio in peius)*, lo que solo podría suceder – en virtud del principio dispositivo - si la otra parte hubiere también impugnado o se hubiere *adherido*.

Estos límites se hacen aún más visibles si se observan bajo el prisma de los principios básicos vinculados al recurso de apelación. Veamos.

2.4. EL PRINCIPIO DE "PERSONALIDAD" DEL RECURSO

Bajo este principio se considera que interpuesto un recurso, él aprovecha únicamente a la persona que ha recurrido o que lo ha interpuesto[8] . La doctrina destaca en este ámbito que el prestigio del principio de la personalidad de la apelación no disminuye por la circunstancia de que aparezcan cosas juzgadas contradictorias. Por ejemplo, habiendo rechazado la sentencia de primera instancia la condena por daños y perjuicios demandada por A y B, el primero no apela, y sí lo hace el segundo, obteniendo un pronunciamiento favorable en la alzada; es decir, para B hay derecho de indemnización, en cambio A se ve privado de él.

2.5. LA "COMUNIDAD" DEL RECURSO

Por este principio se estima que interpuesto el recurso de apelación por uno de los litigantes, el mismo aprovecha también a quienes no lo interpusieron, pero que forman con aquel la misma posición de parte. Se refiere al supuesto en que existen varias personas ocupando una misma situación de parte (dos o más actores o dos o más demandados); se señala, entonces, que la apelación interpuesta por uno de los litigantes aprovecha también a todos aquellos que se encuentran ocupando la misma situación procesal que el recurrente; es decir, habiendo apelado un actor tal recurso aprovecha también a los otros actores; o, habiendo apelado un demandado, tal recurso beneficia también a los otros demandados.

Hay quienes extienden más allá el principio de la comunidad de la apelación, haciendo alcanzar los efectos del recurso interpuesto por uno de los litigantes a quienes se encuentran ocupando la situación de parte contraria; en tal supuesto, apelando la parte actora, su recurso aprovecharía también a la demandada y, consecuentemente, el tribunal de apelación puede modificar la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante – defienden esta posición autores como Devis Echandía[9]. No obstante, esta es una opción no acogida por nuestro sistema procesal, que más bien se ha inclinado por el de comunidad – en estricto – del recurso de apelación, solo con alcance a los sujetos procesales que ocupan una misma posición de parte procesal.

2.6. EL PRINCIPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM"

En palabras de los romanos significaba que pasa al superior todo cuanto se ha apelado[10]. Esto es, solo únicamente los artículos del recurso. Montero Aroca y Flors Maties han señalado sobre el particular que el objeto de la apelación viene determinado, conforme a los principios dispositivo y de justicia rogada, por la actividad de las partes: solo los pronunciamientos de las sentencias que hayan sido objeto de impugnación se convierten en objeto de la apelación (*Tantum devolutum quantum appellatum*). Consecuentemente, la determinación del objeto de la segunda instancia consistirá, por lo general, en una reducción de lo que fue materia de la primera, de modo que el apelante limitará la impugnación a uno o varios pronunciamientos de la sentencia apelada, o a parte de alguno de ellos, en la medida en que le resulten gravosos[11].

En sede nacional, este principio se encuentra consagrado en el artículo 364º del CPC, que define el objeto de la apelación, y en la parte *in fine* del artículo

370º del mismo texto, al prescribir que cuando la apelación es de un auto, la competencia del superior sólo alcanza a éste y su tramitación.

Además de los anotados, el recurso de apelación también se funda en los principios dispositivo y de congruencia.

2.7. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

De amplia vigencia durante la segunda mitad del siglo XIX, periodo histórico durante el cual toda restricción del poder estatal era deseable por todos los que habían soportado los excesos de las monarquías absolutas. La desconfianza existente en esta época hacia todo lo que formara parte del aparato estatal recayó también en aparato judicial. Aún después del triunfo de las ideas de Montesquieu sobre la "división de poderes" subsistió una especial sensibilidad respecto de todo lo que pudiera significar una intromisión estatal perturbadora del libre albedrío del ciudadano o, en su caso, del justiciable. Por ello es que las normas procedimentales se consideraban de derecho privado, siendo opinión unánimemente recibida en la época *"que el juicio pertenece a las partes"*[12].

Aragoneses ha referido que el principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre sus derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no[13].

Por su parte Cappelletti y Guasp advirtieron en su momento que este principio tiene dos aspectos o facetas: material y formal[14]. El principio dispositivo material alude a la plena disponibilidad de los derechos subjetivos derivados de la relación material, cuyo primer síntoma lo constituye la total libertad de que gozan sus titulares para peticionar o no la tutela jurisdiccional del Estado, y cuyo límite más sensible está conformado por el orden público. El principio dispositivo formal, por su lado, supone una serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal. Entre ellas puede computarse la aportación de hechos y pruebas[15], como también varios de los medios extintivos del proceso.

Una primera expresión del principio dispositivo sería el principio de iniciativa de parte, que consiste en la facultad que tiene toda persona de iniciar un proceso y determinar el objeto del litigio o, en el caso del demandado, de defenderse y limitar la pretensión del actor. En materia de recursos éstos funcionan por iniciativa de las partes y en consecuencia a ellas corresponde su deducción[16].

2.8. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

También como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, parte y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por una decisión jurisdiccional; es decir, conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y lo que ha sido objeto de petición por las partes[17].

El Código Procesal Civil peruano recepciona este principio a partir de su artículo VII del Título Preliminar, al fijar como límite a la aplicación de la norma jurídica del caso, el de no poder ir más allá del petitorio (*petitum)* ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (*causa petendi).* Principio que también se enuncia al glosar los deberes genéricos de los jueces en el proceso, en el artículo 50º, inciso 6).

2.9. LA PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS*

Como viene ya precisado, el ámbito del recurso de apelación está enmarcado por los límites que el apelante le impuso; no puede el tribunal de apelación exceder de esos límites impuestos por el recurrente; y así como no puede favorecerlo en más de lo que ha pedido el apelante, no puede tampoco perjudicarlo quitándole lo que la resolución apelada le había concedido. Es decir, si la apelación es fundada el tribunal de alzada debe modificar la sentencia en grado de conformidad a lo peticionado por el recurrente; no debe conceder nada más allá de lo que ha sido pedido (ya en primera instancia, o al interponer el recurso y expresar agravios). La prohibición de modificar la sentencia en perjuicio del único apelante es la llamada prohibición de *reformatio in peius* o del *empeoramiento* de la posición del apelante. Este principio que prohíbe la *reformatio in peius*, entonces, establece que el tribunal de apelación no puede modificar la sentencia en perjuicio del apelante, salvo que medie también apelación de la parte contraria; o "adhesión", que es otra forma de impugnar la sentencia en los ordenamientos que la admiten[18].

3. DETERMINANDO LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA "ADHESIÓN" A LA APELACIÓN

El maestro español Manuel Atienza en un trabajo sobre *Cuestiones Judiciales* se interrogaba *¿qué puede hacer la teoría – o la filosofía del Derecho por la práctica jurídica?* Acotando a renglón seguido: contribuir a aclarar las cosas (los conceptos) y a sugerir también cursos de acción. Lo que no quiere decir que el teórico del Derecho pueda arrogarse la competencia de decirle al práctico – al Juez – lo que debe hacer[19].

La reflexión es pertinente a nuestro propósito en la medida que, como es fácil advertir, lo esbozado hasta aquí no es sino el marco teórico que define el panorama de los principios que rigen el recurso de apelación, sus límites y alcances. A partir de él pretendemos efectuar una lectura más o menos coherente de la *adhesión* a la apelación, fijando lo que entendemos es su naturaleza jurídica y los alcances propios que deberían serle atribuidos. De esta forma, la teoría cumple la función esencial de fijar el curso de acción para un análisis que aspira a estar provisto de realidad y de cara a las nuevas tendencias del proceso civil.

3.1. ¿QUÉ ES LA ADHESIÓN?

Los antecedentes

Refiere el maestro Luis Loreto[20] que en el derecho romano anterior a la *constitución amplioren* dada por Justiniano en el año 530 de nuestra era, el recurso de apelación tenía un alcance y una eficacia exclusivamente personal (personalidad de la apelación), de tal suerte que la sentencia recurrida sólo podía reformarse a favor del apelante, jamás a favor del apelado, aún cuando del debate apareciere que le era gravosa, puesto que no había recurrido de ella.

Esta situación iba a variar progresiva y sustancialmente, primero, con la también famosa constitución *properandum nobis*, del mismo Justiniano, en virtud de la cual se le confió al juez la misión de velar por los intereses del contumaz, cuando del examen de los actos y en fuerza de una correcta aplicación del derecho al caso, aparecía que la decisión debería serle favorable.

Luego, con la reseñada *constitución amplioren* Justiniano no hace sino sustituir el sistema de personalidad de la apelación por el de *comunidad* de la apelación, en virtud de la cual se permitió al juez reformar el fallo recurrido en contra del apelante, en dos situaciones: cuando el apelado permanecía en contumacia, esto es, no compareciera en modo alguno; y, cuando sí lo hacía y solicitaba la reforma del fallo en todo cuanto le fuera perjudicial, en cuyo caso el magistrado debía extender su examen y decisión a los puntos denunciados por el apelante y por el apelado. En ambos casos, se afirma, que el emperador (Justiniano) más que preocuparse por los intereses de las partes en el proceso y por la certeza de sus respectivos derechos que se fijaron en la sentencia, se interesó por el triunfo de la justicia y por la igualdad de las partes en la instancia de apelación. Afirmando así una definida orientación de naturaleza *publicística* del proceso puesto al servicio de fines objetivos.

El dato histórico reseñado permite advertir que la denominada adhesión a la apelación ha sido, en rigor, desde sus inicios un medio impugnatorio, específicamente, un *recurso*, por medio del cual el apelado, esto es, la persona que no apeló de la sentencia en tiempo oportuno, comparecía en la instancia de apelación y tenía la posibilidad de exponer también al magistrado los extremos de la sentencia apelada que le eran desfavorables o gravosos, y en virtud de ello éste quedaba obligado a analizarlos y emitir pronunciamiento. Pues bien, ello no ha variado, y su carácter de recurso aparece indiscutible.

Su recepción actual

Italia. Para ir ubicando los alcances en que entendemos debe interpretarse la adhesión a la apelación en la sistemática del Código Procesal Civil peruano, es de provecho referir que, por ejemplo, en el derecho italiano existen: la apelación principal, que se interpone por cualquiera de las partes dentro del plazo previsto en la ley. La apelación incidental, que se interpone por el apelado, vencido el plazo para apelar, pero que sólo puede contener materias o puntos que se encuentren en la apelación principal. La adhesión a la apelación, que es la que hace uso el litisconsorte del apelante, es decir, no es un recurso del apelado contra el apelante, sino de quien tiene con el apelado la misma posición de parte[21].

España. La Ley procesal civil española 1/2000, del 07 de enero del año 2000, se refiere a la adhesión a la apelación como "impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido" (art. 461.2)[22]. Montero Aroca y Flors Matíes entienden así que la impugnación referida (adhesión para nosotros), implica que el apelado se convertirá en verdadero y propio apelante, para sostener una impugnación autónoma e independiente del apelante inicial. El fundamento: La parte (el que se adhiere) está dispuesta, en principio, a soportar el gravamen parcial que la sentencia le causa y a no recurrirla, pero ante la expectativa de que dicho gravamen pudiera incrementarse por efecto del recurso de apelación interpuesto por la otra parte, decide aprovechar el cauce que la ley le ofrece, como consecuencia de la suspensión de la firmeza de la resolución que genera la interposición de la apelación inicial, para deducir su concreta impugnación respecto de aquel gravamen inicialmente consentido[23].

En otras palabras, en el derecho procesal español lo que nosotros llamamos adhesión a la apelación ellos la denominan impugnación del apelado, e importa que éste, a través de ella, recupera todas sus facultades impugnatorias, solo limitadas por la controversia y la sentencia, pero a través de la cual puede hacer ingresar como impugnación cualquier gravamen que contenga la

sentencia, al margen de que ello haya sido apelado o no. El fundamento de ello radica en la posibilidad que la apelación pueda eventualmente agravar su situación ya perjudicial con la sentencia no apelada por su parte. De tal manera que, en rigor, bajo este sistema el apelante tiene en la adhesión un *recurso disuasivo*, pues, de apelar, corre el riesgo que la adhesión del apelado pueda en verdad empeorar una situación ya ganada, como se ha graficado en el ejemplo inicial.

La adhesión a la apelación en nuestro país

El Código Procesal Civil peruano ha incorporado en su sistemática el *recurso* de adhesión - aún cuando no le asigna esta nominación -; sin embargo, no ha precisado sus alcances o amplitud. Y entonces surge la necesidad de determinar si éste tiene los mismos alcances o amplitud que en el derecho procesal español, o es más parecido a la apelación incidental del derecho procesal italiano.

Como indicáramos, el profesor peruano Héctor Lama More asume una postura, a la que de nominaremos amplia, caracterizada porque: "Aún cuando el actual Código Procesal Civil peruano no lo ha señalado de modo expreso, se advierte de su texto algunos indicios que nos llevan a pensar que el legislador optó en este caso por un recurso de adhesión a la apelación de carácter autónomo, inclinándose de modo parcial por el antiguo principio de la comunidad en la apelación; no en el sentido que el superior pueda revisar la resolución apelada en beneficio de quien no apeló, de oficio, aún en perjuicio del apelante; sino en el que el superior puede revisar la resolución apelada –auto o sentencia-, también por el hecho de haber sido impugnada por quien no apeló, para que la misma se revise en lo que le agravia"[24].

Una visión distinta

Llegados a este punto estimamos necesario fijar una postura diferente: el recurso de adhesión previsto por el Código Procesal Civil peruano, si bien es un recurso autónomo, no puede ser entendido como impugnación a la apelación en el sentido que lo hace la Ley Procesal Civil española; más bien debe serlo como una *apelación incidental*, en el sentido que asume en el derecho procesal civil italiano. Postura que identificaremos como restringida. Las razones que la sustentan tienen que ver con la falta de fundamento convincente y suficiente de la primera postura enunciada; además de la necesidad de hacer coherente a la figura con los enunciados principios dispositivo y de aportación de parte, de preclusión, de igualdad, de congruencia, entre otros, que le sirven de marco.

4. LOS FUNDAMENTOS DE LA ADHESIÓN EN SENTIDO AMPLIO

El profesor Lama More - en el estudio ya citado - expone como los únicos fundamentos del sentido amplio de la adhesión a la apelación que expone: su autonomía respecto de la apelación, esto es, que el desistimiento de la apelación no la afecta (artículo 373º del Código Procesal Civil); y, de otro lado, el hecho que la adhesión permite, en caso de interponerse, la *reformatio in peius* (artículo 370º del Código Procesal Civil).

Sin embargo, no encontramos que exista una relación lógica y necesaria entre la autonomía de la adhesión y su amplitud o alcances. Habría que recalcar que también en Italia que profesa un sistema restringido rige dicha autonomía, de tal suerte que no es una regla privativa de aquel sistema. Lo propio ocurre con la *reformatio in peius*, pues resulta evidente que su aplicación también tiene vigencia en un sistema restringido de la adhesión. Es palmario entonces que tales reglas no pueden operar como razones explicativas de la amplitud de la adhesión. Consecuentemente, los fundamentos que sustentan esta postura resultan, por lo menos, discutibles.

Pensamos más bien que la amplitud o alcances que se otorga en cada país a la adhesión a la apelación aparece vinculada, en primer término, a razones de política procesal, o de opción legislativa, y pues muchas veces de ellas no es posible derivar "razones" explicativas, sino que, una vez instaurada la figura, de lo que se trata es de darle coherencia con las instituciones y principios procesales ya existentes; pero, con los principios procesales incorporados en nuestro sistema y cuya lectura se haga bajo la perspectiva del proceso civil al que aspiramos.

5. LA ADHESIÓN RESTRICTIVA: LAS RAZONES

El antecedente histórico nacional nada aprovecha a este análisis, pues el Código de Procedimientos Civiles sólo le dedicó el artículo 1091º, con la escueta fórmula según la cual el colitigante puede adherirse a la apelación en primera instancia o ante el superior, mientras no se haya resuelto la alzada. En tal caso, es preciso buscar las razones para una opción restringida de la adhesión en el propio proceso que nos rige, y sus modernas tendencias.

5.1. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO PROCESAL

El profesor español Manuel Lozano Higuero[25] nos refiere que es difícil atisbar cuáles sean las pautas evolutivas del Derecho Procesal Civil en el pórtico del denominado tercer milenio. Citando al gran maestro Augusto M. Morello

destacaba que algunas de las líneas evolutivas anticipadas por éste estaban condensadas en los siguientes temas: la importancia de la legitimación, las modernas categoría del litigio, dilatación del control constitucional, la garantía de la defensa del proceso civil colectivo, la reformulación del nuevo tipo de proceso, el deber de colaboración y el proceso que se viene marcado por legitimaciones extraordinarias.

De una exhaustiva relación de autores que en distintos países han encarado el mismo tema Lozano Higuero destaca, por ejemplo, al jurista italiano Proto Pisani, quien estima que – entre otros temas – forman parte de esta nueva tendencia el descubrimiento del valor democrático de la eficiencia de la justicia (eficientismo) y la importancia central de la tutela sumaria. Temas con los que coincide el jurista Uruguayo Enrique Véscovi[26].

5.2. EL EFICIENTISMO PROCESAL

El maestro español Juan Montero Aroca[27], clasifica la evolución del Derecho Procesal en cuatro etapas: la práctica Forense, a partir del siglo XVI, caracterizada por la presencia de los prácticos, esto es, aquellos que pretendían explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales y cuál era la manera de actuar de estos, pero desprovistos de toda cientificidad. El procedimentalismo, en el Siglo XVIII, en que los procedimientos judiciales son las formas solemnes en que se discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales, pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la curia, sino las establecidas por las leyes. El Derecho Procesal, que se inicia en Alemania en la primera mitad del Siglo XIX – la polémica entre Windnscheid y Muther (1856 – 1857) – en que se produce la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo, caracterizado por el predominio de la exégesis como método, la elaboración de sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema, se hace teoría del proceso, específicamente se desarrollan la prueba, la cosa juzgada, la acción, entre otras. Y El Derecho Jurisdiccional, dentro del cual el derecho procesal no es sólo el derecho del proceso, sino que lo son también el Poder Judicial y la jurisdicción, entre otros.

La misma línea histórica es seguida por los profesores argentinos Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini[28], quienes inciden en: la práctica forense, procedimentalismo, procesalismo y eficientismo, caracterizado este último por estimar que el proceso solo es eficaz cuando verdaderamente complementa los fines que de él se esperan; y por la inclinación de la disciplina hacia una percepción de ciencia interdisciplinaria.

Igualmente, y siguiendo al profesor brasileño Cándido Rangel Dinamarco, el jurista peruano Juan Monroy Gálvez[29], destaca la evolución del derecho procesal en tres etapas (prescindiendo de la primera anotada): el sincretismo procesal; la autonomía procesal; y, *la* eficacia e instrumentalidad del proceso. Caracterizada esta última por la búsqueda de una real tutela de urgencia o tutela diferenciada o tutela de cognición sumaria o tutela anticipada.

Es decir, conforme a estas particulares visiones de la realidad procesal, lo que resulta innegable es la necesidad de percibir el proceso como algo más que un instrumento para la tutela de los derechos sustantivos: como un instrumento que prodigue respuestas rápidas y eficaces. Que el proceso sea breve, y cuanto antes, eficaz.

5.3. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN

Una aproximación a este principio parte de considerar al procedimiento en etapas o fases que van cerrándose al avanzar el proceso, sin que sea posible su reapertura. Su mejor comprensión la permite su comparación con su opuesto exacto: el principio de elasticidad, según el cual siempre es posible retroceder a etapas ya cumplidas, esto es, que las partes en juicio pueden, por ejemplo, presentar sus alegaciones y pruebas, según surja la necesidad, hasta el momento de la sentencia. En cambio, bajo el principio de preclusión se produce la extinción en un concreto proceso de los poderes jurídico-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en él. Enrique Vallines ha destacado que lo verdaderamente característico de la preclusión no es el cierre de fases o etapas procesales, sino la imposibilidad de realizar *algo* que con anterioridad sí podía realizarse[30].

En materia recursiva, específicamente, en materia de apelación, el Código Procesal Civil peruano ha establecido un concreto plazo dentro del cual las partes pueden ejercitarlo: tres días, tratándose de proceso sumarísimo; cinco días, tratándose de procesos abreviados; y, diez días, tratándose de procesos de conocimiento[31]. Si con motivo de un concreto proceso judicial, sólo una de las partes apela de la sentencia, y la otra parte no lo hace, es innegable que esta conducta omisiva debe producir algún efecto en su esfera de facultades procesales. Sobre todo si tenemos en cuenta que el apelar es una *carga*[32]. De tal suerte que, a partir de la renuncia tácita al ejercicio de tal facultad debe, necesariamente, poner al apelado en situación desventajosa frente al apelante, perfilándose así una justa prefiguración del principio de igualdad en sede procesal.

5.4. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Extendida es la percepción según la cual la igualdad es un derecho fundamental destinado a obtener un trato paritario ante hechos, situaciones y relaciones equiparables; se alude a un derecho subjetivo a no sufrir discriminación, a no ser tratado de manera dispar respecto de quienes se encuentran en una situación equivalente. Contrario sensu, solo cabe un tratamiento diferenciado frente a situaciones disímiles, para lo cual se debe acreditar que la referida distinción es objetiva y constitucionalmente razonable[33].

En el ámbito procesal – Civil – este derecho se traduce en la igualdad en el tratamiento que se obtiene de la ley, así como en la igualdad en la interpretación y aplicación de las normas que establecen garantías procesales.

En este sentido, en materia recursiva, propiamente a nivel de apelación, este principio se traduce en la igualdad de oportunidades bajo las cuales puede ser ejercitado este derecho. Así, expedida una resolución concreta- como una sentencia - ambas partes están en igual posibilidad – legal - de impugnarla, dependiendo, claro está, del agravio que les produzca aquella.

Desde esta perspectiva, no resulta admisible estimar que, precluida la posibilidad impugnatoria para una de las partes en un proceso, ésta pueda recuperarla en sede de segunda instancia, incluso, con mayores ventajas que el propio apelante. Tal vez un ejemplo grafique mejor lo irrazonable de esta inadmisible posibilidad:

> A demanda a B sobre indemnización de daños y perjuicios, en la vía del proceso de conocimiento, reclamando un monto indemnizatorio de doscientos mil nuevos soles; expedida la sentencia de primera instancia, ésta declara fundada en parte la demanda, reconociendo sólo veinte mil nuevos soles al demandante A, quien apela, al considerar que el monto es exiguo. El demandado B no apela.

En la medida que la sentencia, eventualmente, produce agravio a ambas partes, ambas podrían apelar, sin embargo, si transcurrido el plazo respectivo, B no lo hace, precluye para éste la posibilidad de hacerlo con posterioridad; y, entonces, si en segunda instancia, siguiendo el trámite regular, se le confiere traslado de la apelación y se adhiere, su derecho a la igualdad procesal, debería estimarse como la posibilidad de impugnar la sentencia sólo en los extremos en que fue apelada por A, y nada más, pues devolverle el poder de cuestionar cualquier otro extremo no apelado, como se postula en la concepción que hemos identificado como amplia, resquebraja aquel principio.

Y decimos que se resquebraja la igualdad procesal por cuanto, objetivamente apreciada la situación propuesta, en términos reales, el apelado resulta obteniendo mayores ventajas en relación al apelante. En el proceso propuesto como ejemplo, tramitado en la vía procedimental de conocimiento, el plazo para apelar, conforme al artículo 478º inciso 13), es de diez días, dentro del cual, haciendo un serio esfuerzo de argumentación y de síntesis, sólo A apela de la sentencia, no haciéndolo B. No obstante B, que no apeló, dispone de los diez días del plazo para organizar su recurso, sumando a ello el plazo que se tarda en elevar al superior el expediente (que en el mayor número de casos suman meses), añadiéndose el tiempo que la propia instancia de revisión demora en conferirle el traslado de la apelación, y el propio plazo que se le confiere. De esta forma, si B decidiera adherirse, y recuperar con ello la posibilidad plena de impugnación, resultaría que, en términos reales, el plazo de que dispone para organizar sus argumentos de impugnación sobrepasan ampliamente a aquel de que dispuso el apelante; quien, comportándose como litigante diligente ejercitó sus potestades dentro del plazo respectivo, y se vio limitado en ello por un breve plazo de diez días, como se ha anotado.

En este sentido, si bien el principio de igualdad, como se ha precisado, puede sufrir restricciones o un tratamiento diferenciado, éste solo podría estar fundado en razones objetivas y constitucionalmente razonables, las que, en la situación planteada no se producen en absoluto.

Se podría alegar, tal vez, que de la adhesión también se confiere traslado al apelante para que, a su vez, ejerza su defensa; sin embargo, no es esto lo que queremos destacar, sino el hecho de los tiempos en la preparación del recurso, notoriamente mayores para el apelado; no obstante aún en el traslado de la adhesión al apelante (diez días según el artículo 373º del CPC) el plazo sigue siendo breve en relación a aquel que, en términos reales, dispuso el adherido.

5.5. LA ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

El principio procesal de congruencia ha sido definido en alguna doctrina como el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes, y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra tales imputaciones; en todos los procesos, también entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador[34]. Esto es, traduce la idea de correspondencia entre lo que es sometido a controversia y juzgamiento, y lo que, finalmente, se decide en un proceso.

En relación a la apelación el principio de congruencia viene delimitado por el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, esto es, que solo los pronunciamientos de las sentencias que hayan sido objeto de impugnación se convierten en objeto de revisión en la segunda instancia. De tal suerte que la *adhesión* que se produzca, no debería reabrir la posibilidad de impugnar otros extremos, a favor del apelado, pues con ello se trasgrede este principio porque el límite del superior viene prefijado por la actividad y la impugnación propuesta en primera instancia; y la adhesión se propone sólo en la instancia de apelación, es decir, no corresponde a impugnaciones que sean elevadas al superior y que se ajusten al brocardo aludido, sino que son, en rigor, respuestas a los fundamentos de la apelación y, como tales, no deberían sino ceñirse al contexto del argumento que responden. De tal suerte que, bajo este enfoque, tampoco tiene sentido darle a la adhesión una amplitud que no parece tener en realidad justificación.

5.6. LA ADHESIÓN COMO UN RECURSO EXCEPCIONAL Y DE AUTONOMÍA RELATIVA

De lo anotado, surge clara la idea de la autonomía relativa del recurso de adhesión en relación a la apelación. Autonomía relativa que se pone de manifiesto en el hecho que, sin apelación concedida no hay adhesión y, porque aún cuando se desistiera el recurso de apelación la adhesión se mantiene, según claramente contempla el numeral 373º del CPC. Sin embargo, de ello se deriva que la adhesión deba tener la amplitud que se le atribuye.

El hecho que el apelante se desista del recurso interpuesto, lo que provoca es que el órgano que conoce de él quedará obligado a pronunciarse solo en relación a los artículos que el adherido haya propuesto; y en tal caso la situación del apelante se torna desventajosa para él (por su propia decisión), en la medida que el pronunciamiento del superior ya no está restringido o limitado por la prohibición de *reformatio in peius*, sino que existirá una alta probabilidad que la decisión se expida en contra de los derechos que le hayan sido reconocidos por la primera instancia. Pero en modo alguno, como reiteramos, el desistimiento de la apelación (que explica la autonomía relativa de la adhesión) es razón suficiente para sustentar una fundamentación en pro de una percepción amplia de la adhesión.

De este modo entendemos clara la naturaleza *excepcional* y el alcance restringido del recurso de adhesión, en cuya virtud asumimos postura de que el órgano superior debe pronunciarse sobre los artículos o fundamentos de la apelación (*tantum devolutum quantum appellatum)*, y también teniendo en cuenta lo que

se expone por el apelado en la adhesión, pero, sólo en relación a los artículos apelados. Por eso su alcance restringido. No encontramos razones para una conclusión distinta.

5.7. LA ADHESIÓN COMO RECURSO EXCEPCIONAL

Si, como hemos anotado, el recurso de adhesión tiene carácter excepcional, en relación a la apelación, la conclusión que surge de ello establece un innegable límite en cuanto a sus alcances: no puede tenerlos mayores a la propia apelación. La excepción no puede, razonablemente, equiparar o rebasar la regla.

En el ejemplo que proponíamos en líneas anteriores se evidenciaba cómo es que, bajo el procedimiento actual previsto en el Código Procesal Civil, es el que se adhiere a la apelación el que resulta obteniendo ventajas en la disposición real de un plazo mayor al dispuesto por el apelante; y tal vez eso sea inevitable; sin embargo, no obstante esta palmaria desigualdad que perjudica al apelante, resulta ya un despropósito otorgar a la adhesión un privilegio material al punto de concederle la posibilidad de impugnar los temas no apelados. Ello no sólo raya con la vulneración del principio de igualdad, sino que resquebraja también toda razonabilidad en el tratamiento de las atribuciones recursivas. Más aún si a esta conclusión (amplitud de la adhesión) sólo se pretende llegar por vía de interpretación que, como hemos visto, no tiene, en verdad base sustentatoria sólida.

5.8. EL CARÁCTER "DISUASIVO" DE LA ADHESIÓN

Los juristas españoles Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, al comentar la impugnación a la apelación en la LEC 1/2000 de enero del año 2000 (artículo 461.2), refieren que el fundamento de una adhesión autónoma - y que aquí hemos denominado amplia -, sería el siguiente: la parte está dispuesta, en principio, a soportar el gravamen parcial que la sentencia le causa y a no recurrirla, pero ante la expectativa de que dicho gravamen pudiera incrementarse por efecto del recurso de apelación interpuesto por la otra parte, decide aprovechar el cauce que la ley le ofrece, como consecuencia de la suspensión de la firmeza de la resolución que genera la interposición de la apelación inicial, para deducir su concreta impugnación respecto de aquel gravamen inicialmente consentido. Cuando ello ocurra, el apelado se convertirá en verdadero y propio apelante, para sostener una apelación autónoma e independiente de la del apelante inicial, pero siempre, igual que éste, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las peticiones

que hubiere formulado ante el órgano jurisdiccional de primera instancia, y sobre la base de la prueba practicada ante el mismo o de la que la ley permite practicar excepcionalmente ante el tribunal de apelación[35].

Esta argumentación hace depender la amplitud que se conceda a la adhesión de la expectativa que genera en el apelado el recurso de apelación interpuesto, ante la eventualidad que el gravamen que ya le produce la sentencia desfavorable le pueda perjudicar aún más. Sin embargo, el argumento no deja de ser efectista, y ello es entendible con claridad si centramos el análisis de la mano de los principios dispositivo y de aportación de parte.

5.9. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y EL DE APORTACIÓN DE PARTE

Como ya se ha referido, por el principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no judicialmente, en la medida que estimen oportuno[36]. El principio de aportación de parte, por su lado, hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, siendo sus manifestaciones: la alegación por parte de los litigantes de los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, y el de proponer la prueba de tales datos o elementos[37].

La distinción de estos principios se acentúa con la ideología social emergente en el presente siglo y que, según Pico I Junoy, lleva consigo en Europa el fenómeno de la "publicización" o "socialización" del proceso civil. Y, precisamente, una de las notas más relevantes de este fenómeno se pone de manifiesto en el hecho que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos en lo que respecta al reparto de funciones entre el Juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir de su desarrollo, al concebirse no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de los derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función[38].

De ello se deriva, creemos, con nitidez, que si bien las pretensiones y la controversia dentro del proceso se sujetan a la disposición de las partes, el proceso escapa a tal posibilidad. Ergo, si la amplitud de la adhesión tiene que ver con una opción de política procesal (de Estado), - por no estar a disposición de las partes – resulta incongruente hacer depender aquella amplitud de la adhesión de los "temores", "riesgo" o "amenaza" que la apelación pueda, en

efecto, proferir a la parte apelada. No es esa su razón de ser, pues las facultades procesales, como la impugnatoria tiene, más que amplitudes, restricciones, y ellas son cada vez mayores, en la perspectiva anotada de hacer del proceso un mecanismo de respuestas rápidas y eficaces.

De otro lado, nos parece que el derecho a la pluralidad de instancia, que forma parte de la garantía constitucional del debido proceso[39], no tendría por qué ser visualizado como un ejercicio que amenace los derechos de la contraparte en un proceso, pues, aún cuando en efecto de su ejercicio pueda derivarse una afectación para la contraparte (el apelado), sin embargo, ello no puede justificar una tendencia a otorgar al supuesto afectado posibilidades impugnatorias mayores que las concedidas al apelante, que no hace sino ejercitar un derecho concebido dentro de un ámbito de estricta igualdad procesal.

El tema, en verdad, es propicio para ensayar mayores fundamentaciones. Una de ellas sería encarar el valor justicia que subyace en cada opción de política procesal que trate de la adhesión a la apelación, sin embargo, ello requeriría un análisis separado y de mayor aliento, que nos reservamos.

Así, solo hemos querido trazar en este trabajo las bases que permitan una fundamentación razonable de la adhesión, como recurso excepcional, de autonomía relativa, y de alcance restringido, pues entendemos que sólo así se corresponde con la orientación actual del proceso civil peruano y resulta compatible con los principios procesales que rigen el recurso de apelación, que le sirve de contexto.

---

1 Lama, H. La Adhesión a la Apelación: autónoma o dependiente. Alcances de este medio de impugnación.- Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Año 2°, N° 2.

2 Asumiendo posición con la denominada impugnación a la apelación, que recoge la nueva Ley Procesal Civil española – Ley 1/2000 del 7 de enero del 2000 – concluye que puede incluirse como fundamento de la *adhesión* materias distintas a las que fueron objeto de la apelación, siempre que causen agravio al que hace uso de ella (Op Cit. Conclusión 4).

3 Loreto, L. Adhesión a la Apelación (Contribución a la teoría de los recursos en materia civil). En: Revista Jurídica "Boletín Mexicano de Derecho Comparado" UNAM. México: 1975. N° 24 Setiembre – Diciembre. Págs. 661 a 699.

4 Los profesores españoles Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, entienden que los recursos tienen fundamento en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión desacertada antes de que se convierta en firme. Pretendiendo con ello también una más perfecta aplicación o interpretación del Derecho en el caso concreto, es decir la unificación de la jurisprudencia, con la seguridad jurídica general que ello supone. (Los Recursos en el Proceso Civil.- Edit. Tirant Lo Blanch.- Valencia 2001. Pág 32.

5 Hitters, J. Técnica de los Recursos Ordinarios. Segunda Reimpresión. Buenos Aires: Librería Editora Platense: 2000. pág. 26.

6 Op Cit. Página 25.

7 El artículo 364º del Código Procesal Civil precisa como objeto del recurso de apelación: que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que le produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

8 Loutay, R. El recurso ordinario de apelación en el Proceso Civil.- Ed. Astrea. 1989. Pág. 82.

9 Op Cit. Pág. 82 a 84.

10 Mans, J. Los Principios Generales del Derecho. Barcelona: Bosch; 1979. Pág 40.

11 Montero, J.y Flors Matíes, J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág. 199.

12 Peyrano, J. El Proceso Civil: principios y fundamentos. Buenos Aires: Editorial Astrea; 1978. Págs. 52 y 53.

13 Citado por Peyrano, J. Op Cit. Pág. 52.

14 Citado por Peyrano, J. Op.Cit. Pág. 54 y 55.

15 Pico I Junoy. Los Principios del Nuevo Proceso Civil Español. En: Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad. N° 137 – 2003/2004. Pág. 534, 537 y 539. Pico ha precisado que dos de los principios básicos que gobiernan todo proceso civil son: el principio dispositivo, en virtud del cual las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no judicialmente, y el de aportación de parte, según el cual son los litigantes quienes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos.().

16 Loutayf ,R. Op. Cit. Pág. 114 -115.

17 Op. Cit .Pág. 115.

18 Idem Pág. 143.

19 Atienza, M. Cuestiones Judiciales. México: Biblioteca de Ética Filosofía del Derecho y Política; 2001. Pág. 9.

20 Loreto, L.Op Cit. Pág. 663 a 665.

21 Lama, H. Op Cit.- Pág. 6 y 7.

22 Montero, J y Flors Matíes, J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág294..

23 Op Cit. Pág. 294.

24 Lama, H. Op Cit. Pág 9.

25 Lozano – Higuero, M. Modernas Tendencias – actuales y nuevas perspectivas ante el nuevo siglo del Derecho Procesal Civil.- En: Revista Peruana de Derecho Procesal.- N° III. Pág. 123 a 142.

26 Lozano – Higuero, M.- Op Cit. Pág. 127.

27 Montero, J. Derecho Jurisdiccional.- Valencia – año 2000.- Tirand lo Blanch.- 10 edición. Pág. 12 a 27.

28 Peyrano J, Chiappini J.. El Cuarto Estadio de los Conocimientos Procesales: El "Eficientismo" Procesal. Rev. La Ley. Tomo 1984-A. Pág. 881-885.

29 Monroy, J. A Cinco Años de Vigencia del Código Procesal Civil.- Revista Peruana de Derecho Procesal. N° III.- Pág. 177 a 194.

30 Vallines García, E.- La Preclusión en el Proceso Civil.- Thomsom Civitas.- Año 2004.- Págs. 33 a 43.

31 Así se desprende de lo previsto por los artículos 556, 491, inciso 12, y 478, inciso 13, respectivamente.

32 Véscovi, E. Teoría General del Proceso.- Pág. 213. Enrique Véscovi, ha definido a la *carga procesal* como: un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir que el que cumple con el imperativo (comparecer, contestar la demanda, probar, alegar, etc.,) favorece su interés y no el ajeno, como sucede en la obligación y en el deber. Refiere que Santiago Sentís Melendo afirmaba que, en materia de cargas estamos en el campo de la libertad: el sujeto tiene la opción entre cumplir y no cumplir con su conducta ("su carga"); si no lo hace no tendrá una sanción, pues lo que se busca es facilitar la situación del otro sujeto, porque el fin perseguido es, justamente, proteger el propio interés (no el del "otro"). Tanto, que hay quienes la incluyen como situación activa.

33 Gutiérrez, W y Sosa Sacio, J. La Constitución Comentada. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. Pág. 52.

34 Devis,H. Teoría general del Proceso.- Tomo I.- Buenos Aires: Editorial Universidad; 1984. Pág. 49 y 50.

35 Montero J, y Flors Matíes J. Los Recursos en el Proceso Civil. Pág. 294.

36 Picó I Junoy. El Juez y La Prueba Procesal. Madrid: Bosch; 2007.- Pág. 99 y 100. Joan Picó i Junoy, señala también como notas esenciales de este principio: *a)* el inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio; b)* la determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes; *c)* las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes; y, *d)* la finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del

proceso, a través de desistimiento o de la caducidad de la instancia.

37 Picó I Junoy.- Op Cit. Pág. 101 y 102.

38 Picó I Junoy.- Op Cit. Pág. 102 y 103.

39 El artículo 139, inciso 3° de la constitución Política del Perú, prescribe, como principio y derecho de la función jurisdiccional: *la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.* Por su lado, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional ha indicado que el debido proceso *"…implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, al plazo razonable, etc.…"* (STC N° 0200-2002-AA, 15.10.2005).