

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



**CONSECUENCIAS EN EL DESENVOLVIMIENTO DE LA
ACTIVIDAD DE LA EMPRESA CUANDO LA AUTORIDAD DISPONE
LA MEDIDA DE INMOVILIZACIÓN DE SUS CUENTAS BANCARIAS
COMO RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN DE UN DELITO.**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa
que presenta:**

ROSADO SAMOS, VÍCTOR HERMILIO

Asesor : Echaíz Moreno, Carlos Daniel

Jurado : Gallo Cabrera, Javier

Fernandini Capurro, Luis Augusto

Echaíz Moreno, Carlos Daniel

Lima – Perú, 2012

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1

SECCIÓN I

LA MEDIDA DE INMOVILIZACIÓN DE LA CUENTA BANCARIA

1.-Concepto de Bloqueo de la Cuenta Bancaria y la obligatoriedad de fundamentar la medida.....	5
2.- Clases de Medidas Cautelares en el proceso penal peruano.....	7
2.1 Medidas cautelares personales.....	9
2.2 Medidas cautelares reales.....	10
2.2.1 Incautación.....	11
2.2.2 Embargo preventivo.....	12
2.2.3 Orden de inhibición.....	13
2.2.4 Anotación preventiva.....	13
2.3 Medidas aplicables a las personas jurídicas.....	14
3.- Levantamiento del velo societario.....	17
4.- El secreto bancario.....	18
5.- Análisis de la Ley N° 27379 y el Nuevo Código Procesal Penal de 2004.....	21
6.- Diferencias entre la inmovilización de la cuenta bancaria decretada por Juez Penal y embargo de cuenta determinada por la Autoridad Administrativa.....	24
7.- Motivaciones de la autoridad jurisdiccional para embargar la cuenta.....	26
7.1 La persecución del delito.....	27
7.2 El peligro en la demora.....	27

7.3 La preservación de la prueba del delito.....	28
8.- Delitos que conllevan a decretar el bloqueo de cuentas.....	28

SECCIÓN II

CONSECUENCIAS DE LA MEDIDA EN EL DESEMPEÑO DE LA EMPRESA

1.- Evaluación de las personas comúnmente perjudicadas con la medida.....	31
2.- El incumplimiento de los plazos procesales y la prolongación desmesurada de los procesos penales.....	35
3.- Derechos constitucionales invocados.....	38
3.1 A la igualdad ante la ley, el debido proceso, el derecho de propiedad, la garantía y fomento del ahorro....	38
3.2 La presunción de inocencia y la libertad de trabajo.....	41
4.-Consumación del daño.....	43
4.1 Desde el punto de vista económico.....	44
4.2 Desde el punto de vista moral.....	45
5.-Indemnización al inocente.....	47
6.-Jurisprudencia.....	49

SECCIÓN III

VALORACIÓN DE DERECHOS ENTRE ESTADO Y PERSONA

1.- El desbalance que predomina en la actualidad.....	52
2.- ¿Es una solución que el Juez no disponga bajo ninguna circunstancia el bloqueo de las cuentas bancarias?	57
3.- Situaciones donde sería ineludible determinar la inmovilización.....	61
3.1 Por el origen del dinero.....	61
3.2 Para evitar la desaparición del dinero.....	61
3.3 Para evitar la desaparición de la prueba.....	62
4.- La obligatoriedad de indemnizar.....	64

5.- Control de los movimientos bancarios.....	66
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73



INTRODUCCIÓN

PRESENTACIÓN DEL TEMA:

La presente investigación trata sobre el conflicto que genera la medida de bloqueo o inmovilización de las cuentas bancarias cuando sus representantes son sometidos a investigación penal.

Esta medida produce un conflicto entre diversos derechos amparados por la Constitución Política del Estado como la presunción de inocencia, a la propiedad y la relevancia de la no desaparición de pruebas incriminatorias que coadyuven al esclarecimiento de un presunto hecho delictivo.

JUSTIFICACIÓN:

Es conocido que la mayoría de las empresas que se desenvuelven en el ámbito formal utilizan el sistema bancario para realizar diversas transacciones inherentes en el giro de sus negocios como por ejemplo el pago de planillas a sus trabajadores, pago a proveedores, transferencias bancarias para adquisiciones de bienes, cancelación de deudas, entre otros.

También requieren del sistema financiero para solicitar créditos con los cuales poder incrementar las dimensiones de la empresa, adquisición de maquinaria y equipos, etc.

No es exagerado decir que los bancos juegan un papel fundamental en el desarrollo de las empresas, y se han convertido por tanto en eje fundamental para el normal desenvolvimiento de la industria. Entonces

¿qué ocurre cuando las cuentas bancarias de titularidad de las empresas o sus representantes legales son inmovilizadas? Pues bien, estamos definitivamente ante un serio problema de liquidez contra la empresa y su normal desenvolvimiento.

¿Cómo podrán pagar en el corto plazo sus deudas, las remuneraciones de sus trabajadores? ¿Podrán sobrevivir a la competencia si no cuentan con el capital necesario para incrementar el negocio? Estas interrogantes nos demuestran cuán importante es que una empresa mantenga el libre movimiento de sus cuentas bancarias y su prestigio en el sistema financiero.

La Ley Penal faculta al Juez a que ordene si lo considera necesario, el levantamiento del secreto bancario y la medida de inmovilización de las cuentas bancarias correspondientes a las personas naturales o jurídicas que son investigadas por ejemplo por la comisión de delitos como el lavado de activos provenientes de diversas fuentes ilícitas. Sin embargo, mientras dure el proceso de investigación que muchas veces es bastante prolongado ¿es correcto que se mantenga a una empresa con sus cuentas congeladas, arrastrándola en muchos casos a su extinción por falta de liquidez?

El problema radica en un conflicto emergente; en este caso en la valoración de los derechos a la presunción de inocencia, libertad de trabajo, propiedad y empresa versus la potestad que tiene el Estado de perseguir el delito, evitando la desaparición de bienes ilícitamente obtenidos que constituyen en sí medios probatorios incriminatorios.

PRESENTACIÓN DEL TEMA:

De lo expuesto en el punto anterior, podemos apreciar que la medida coercitiva de inmovilización de las cuentas bancarias puede traer consecuencias nefastas a una empresa cuyos representantes se encuentren investigados (no sentenciados) por la comisión de un delito cuya característica ha motivado que el Juez Penal imponga la medida cautelar mencionada.

Entonces cabe preguntarnos ¿qué tiene mayor valor? ¿La preservación de una presunta prueba del delito o la libertad de trabajar que tenemos todos los ciudadanos? ¿Y qué ocurre si tardíamente se acredita que el dinero depositado en esa cuenta no provino de fuente ilícita?

Como puede apreciarse, existe en este punto un cruce de prioridades entre la investigación de un supuesto hecho delictivo y la libertad de trabajo consagrada por nuestra Constitución Política en el artículo segundo inciso 15°. Además ¿Es justo que terceras personas como los trabajadores, proveedores, acreedores o accionistas se vean perjudicados por un hecho que no ha sido totalmente comprobado?

El objetivo de este trabajo es encontrar una solución neutral que no perjudique a terceras personas ni trasgreda derechos constitucionales sin entorpecer la potestad que tiene el Estado de sancionar hechos ilícitos cometidos por personas que utilizan a las empresas como medios para la comisión de delitos.

EXPLICACIÓN DEL TRABAJO:

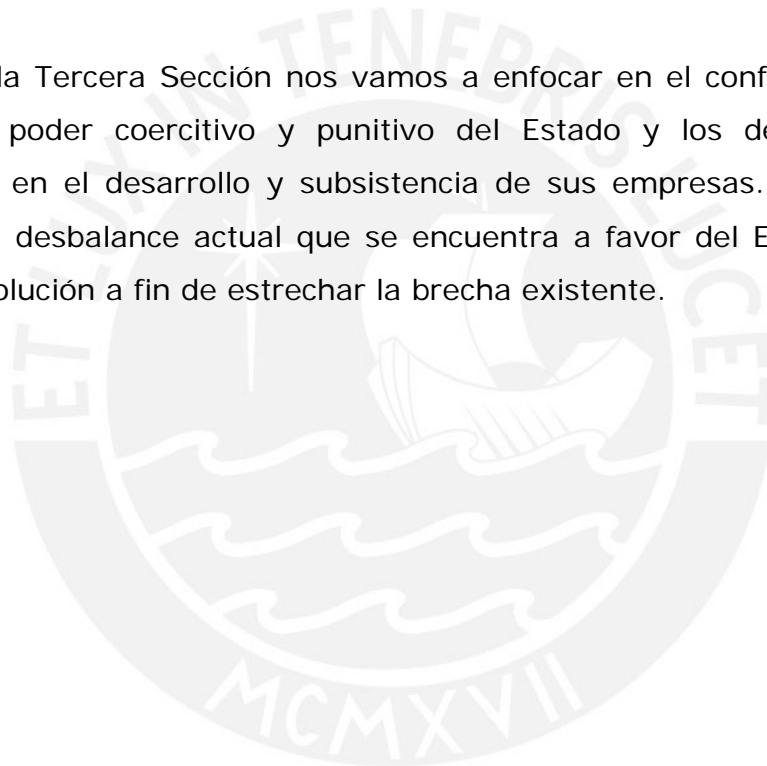
A fin de desarrollar nuestra hipótesis referida a los conflictos generados por la medida de inmovilización de las cuentas bancarias de una persona jurídica en la investigación de un delito, en la Primera Sección se analizará en qué consiste la inmovilización de la cuenta bancaria en una persona jurídica y diversos temas conexos, tomándola desde la perspectiva de la autoridad jurisdiccional, cuya finalidad es la de ejercer la facultad persecutoria y sancionadora del delito muchas veces sin tomar en cuenta las consecuencias de la ejecución de dicha facultad.

Se hace una breve descripción de diversos conceptos como las clases de medidas cautelares, el secreto bancario, levantamiento del velo societario y las motivaciones que considera la autoridad judicial para embargar la cuenta de la empresa.

En la Segunda Sección se tomará en cuenta la perspectiva del procesado, que algunas veces puede ser una víctima del sistema de justicia. Apreciaremos también quiénes son los terceros perjudicados, los derechos constitucionales que se trasgreden y los daños generados en la empresa que pueden ser irreversibles.

Se enumera y analiza cuáles son los sujetos comúnmente perjudicados con la determinación de la medida y el derecho a la indemnización que le asiste al procesado cuando posteriormente se determina su inocencia en el hecho incriminado.

Durante la Tercera Sección nos vamos a enfocar en el conflicto que existe entre el poder coercitivo y punitivo del Estado y los derechos de las personas en el desarrollo y subsistencia de sus empresas. Tendremos en cuenta el desbalance actual que se encuentra a favor del Estado y alguna posible solución a fin de estrechar la brecha existente.



SECCIÓN I

LA MEDIDA DE INMOVILIZACIÓN DE LA CUENTA BANCARIA

1.- Concepto de bloqueo de la cuenta bancaria y la obligatoriedad de fundamentar la medida.

Tanto las personas naturales como jurídicas al depositar nuestro dinero obtenido producto de nuestro trabajo, negocio, herencia u otro medio, nos convertimos en titulares de una o varias cuentas bancarias.

Los motivos por los cuáles nos animamos a efectuar dichos provisionamientos van desde la seguridad que brinda el sistema financiero en la custodia del dinero, los intereses que generan los depósitos, la facilidad que brindan para realizar diversas transacciones entre otras motivaciones que pudieran ser legales o incluso ilegales como veremos más adelante.

Precisamente cuando la motivación por la cual una persona natural en forma directa, o utilizando una persona jurídica recurre al sistema financiero aparentemente de forma ilegal, la autoridad puede ordenar el inicio de una investigación a fin de descubrir si efectivamente se ha cometido un hecho delictivo y paralelamente disponer el embargo o inmovilización del dinero de supuesta proveniencia oscura o ilegítima. La autoridad también puede tener como objetivo garantizar la ejecución pecuniaria de una sanción futura.

Para Gálvez Villegas¹, se denomina bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias a la afectación de dinero depositado en cuentas bancarias, evitando con esta medida que el investigado pueda retirar, transferir o realizar cualquier clase de operación bancaria con el dinero de la cuenta. Este enunciado nos da a entender que con esta medida se están restringiendo derechos inherentes como propietarios de esas cuentas a sus titulares.

A nuestro entender, el bloqueo o embargo de una cuenta bancaria es la prohibición de la libre circulación en el tráfico del mercado del dinero contenido en una o varias cuentas de ahorro o de diversa índole por disposición de una autoridad competente.

La prohibición de la libre circulación de dinero contenido en una o varias cuentas consiste en la imposibilidad que el titular de esa cuenta pueda disponer libremente del dinero del cual es propietario, no pudiendo en consecuencia retirarlo, transferirlo y en algunos casos ni siquiera se le permite abrir nuevas cuentas. Todos los movimientos comunes a la actividad bancaria le son restringidos.

El mandato de inmovilización debe ser decretado por una autoridad competente; caso contrario, dicho mandato deviene en ineficaz y no puede ni debe ser cumplido por el funcionario bancario.

La autoridad competente puede ser de origen judicial o administrativo. El Juez o la autoridad administrativa deben estar debidamente premunidos de las atribuciones pertinentes para ordenar esta medida, encontrarse avocados a un proceso penal o administrativo relacionado con el individuo o la causa que se investiga y están obligados además a fundamentar su decisión conforme lo prescribe el inciso 5° del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, el cual establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las

¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne. *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal*, Jurista Editores, Lima, 2009, p. 299.

resoluciones judiciales en todas la instancias, salvo las de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

La fundamentación de una resolución significa que se requiere la explicación razonable de la misma, para poder refutarla y así garantizar el derecho a la defensa y contradicción conforme lo señala Marcial Rubio Correa: “frente a la fundamentación hay posibilidad de refutación, y por lo tanto de un más amplio ejercicio del derecho de defensa, frente a la decisión inmotivada ello no es posible”².

En lo que respecta a la resolución que motiva el bloqueo de una cuenta bancaria, como es evidente, se requiere que contenga una motivación fundamentada explicando las causas por los cuáles se ha tomado esta determinación, además del sustento jurídico pertinente a fin que se otorgue la posibilidad al afectado de rebatir los considerandos en la impugnación de la medida.

2.- Clases de medidas cautelares en el proceso penal peruano

En el proceso penal peruano existen medidas cautelares de índole personal y real. Estas medidas son aplicables por el Estado utilizando su poder coercitivo, porque a diferencia de un proceso civil, donde la medida cautelar tiene por objeto el asegurar una posible determinación judicial, en el proceso penal el Estado utiliza su capacidad coercitiva a fin de garantizar los objetivos del proceso penal, que es la investigación del delito y la sanción a sus responsables.

Estas medidas cautelares tienen la característica de ir contra las libertades de las personas.

² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999,p.75.

Ahora bien, estas medidas cautelares tienen como objetivo no solo el asegurar una posible resolución judicial sino también el mantener los medios probatorios de la perpetración del delito, facilitando con ello la investigación, puesto que puede ocurrir que los involucrados en la comisión de un ilícito tengan la intención de evadir una futura responsabilidad en los hechos obstaculizando la acción de la justicia, pudiendo por ejemplo ocultar o transferir bienes a fin de evitar un posible decomiso de estos.

El inicio de una investigación no es motivo suficiente para que la autoridad en representación del poder coercitivo del Estado ordene llevar a cabo una medida cautelar, hace falta que se acredite que de no tomarse esa determinación antes de la culminación del proceso, éste devendrá en inútil por cuanto al momento de resolverse la causa el elemento que se pretende asegurar habrá desaparecido. A este requisito se le denomina *periculum in mora* o peligro en la demora.

El Juez Especializado en lo Penal que considere que se debe ejecutar una medida cautelar, debe apreciar también que existan elementos razonables que acrediten la atribución de un hecho delictivo a un investigado. Este requisito es conocido también como *fumus boni iuris*. Sobre este tema refiere Arangüena Fanego que “tanto las medidas cautelares como patrimoniales y en lo que al responsable criminal se refieren, más que un juicio o razonamiento positivo respecto a una previsible resolución final favorable a quien solicita la medida cautelar, exigen la razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible”³.

En consecuencia, no puede aplicarse una medida cautelar en el proceso penal si esta no se sustenta en el peligro en la demora y en la existencia de evidencias que involucren al procesado en el hecho delictivo. Siendo por tanto responsabilidad del Juzgador tomar en cuenta estos requisitos al momento de pronunciarse con relación a una medida cautelar en el proceso penal.

³ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1991, p.26.

2.1 Medidas cautelares personales

Las medidas cautelares personales en un proceso penal son de aplicación a las personas naturales y restringen derechos inherentes a las libertades personales y de acuerdo a Oré Guardia se basan en los principios de proporcionalidad, necesidad, legalidad y provisionalidad⁴.

Las medidas cautelares personales se ejecutan comúnmente en la etapa de investigación, las más utilizadas son el mandato de detención, mandato de comparecencia (puede ser simple o restringida), arresto ciudadano y arresto domiciliario.

El Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004) establece otras medidas como la incomunicación, la internación preventiva para los pacientes psiquiátricos y la suspensión preventiva de derechos.

Las medidas cautelares personales deben ser tomadas respetando los derechos fundamentales de las personas protegidos por la Constitución Política del Estado, puesto que se trata de la afectación de las libertades personales.

Es por ello que consideramos que estas medidas, sobre todo el mandato de detención, deben ser determinadas como última ratio, como una medida excepcional.

Los jueces deberían tener presente las consecuencias que se presentarán al determinar medidas de carácter extremo como la privación de la libertad de una persona.

⁴ ORE GUARDIA, Arsenio y LOZA AVALOS, Giuliana. *Las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal Peruano*, Editorial Reforma, Lima, 2011, pp. 23-35.

2.2 Medidas cautelares reales

Esta clase de medidas cautelares van dirigidas al patrimonio del investigado. San Martín Castro las define como “aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre bienes jurídicos patrimoniales, están funcionalmente ordenadas a hacer posible la efectividad de las consecuencias jurídicas económicas de la infracción penal a declarar en la sentencia condenatoria”⁵.

Para completar la definición se podría añadir que también tiene por finalidad evitar la desaparición de las evidencias de un hecho delictivo, puesto que, como se comentó anteriormente, los investigados podrían iniciar acciones destinadas a evitar el decomiso de los bienes muebles obtenidos presumiblemente de la comisión de un ilícito penal.

El Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024 del 23 de noviembre de 1939) hace referencia a dos medidas cautelares reales: el embargo preventivo y el secuestro o incautación. Tenemos también en nuestra legislación otras medidas cautelares reales como la orden de inhibición, la anotación preventiva, la caución y el bloqueo o inmovilización de las cuentas bancarias.

Previa a la descripción de las clases de medidas cautelares reales, debemos mencionar algunos conceptos como objeto del delito, cuerpo del delito, instrumento del delito, efecto o producto del delito y ganancia del delito.

El objeto del delito es el bien sobre el cual ha recaído el hecho delictivo, es decir, nos estamos refiriendo al bien que se ha afectado o dañado como consecuencia del accionar ilícito.

Cuerpo del delito es un bien que está necesariamente vinculado al delito, se trata de instrumentos utilizados para la perpetración del hecho, así como las ganancias producidas, se trata en sí de todo elemento que pueda ser útil

⁵ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La Tutela Cautelar de las Consecuencias Jurídicas Económicas del Delito”, en *Ius Et Veritas*, Año 13, N° 25, p. 312.

para el esclarecimiento del delito. Díaz nos indica que el cuerpo del delito es un concepto complejo de definir, sin embargo hace una descripción al señalar que podría conceptualizarse como “el conjunto de elementos materiales cuya existencia induce en el Juez la certidumbre de la comisión de un hecho delictuoso”⁶; es decir, se refiere a bienes tangibles que pueden acreditar la comisión de un ilícito.

Instrumento del delito son en cambio los bienes que han servido para la perpetración de un hecho dañoso, en esta clasificación se encuentran por ejemplo el revólver, el cuchillo, el martillo, la ganzúa y en fin, todo lo que puede ser útil para facilitar al delincuente la ejecución del acto ilegal. Los instrumentos del delito son pasibles de decomiso.

Se conoce por efecto o producto del delito a los bienes que han sido creados como producto de la comisión delictiva, por citar un ejemplo: el numerario falsificado es un efecto o producto del delito. Los productos del delito deben ser decomisados. Concordamos en este aspecto con lo opinado por Gálvez Villegas cuando refiere que estos elementos deben ser incautados o decomisados puesto que debe evitarse el enriquecimiento indebido del procesado⁷.

Finalmente, al referirnos a ganancias del delito estamos fijando a los bienes que han sido obtenidos como producto del mismo hecho delictivo, por citar un ejemplo, los intereses generados en la cuenta bancaria cuyo origen ha provenido del lavado de activos provenientes del tráfico de drogas. Es evidente que estos frutos deberán ser decomisados tomando en consideración el concepto que se ha expuesto en el párrafo precedente.

Las medidas cautelares reales en el proceso penal más comunes son:

2.2.1 Incautación: La doctrina nacional no se pone de acuerdo en cuanto al concepto y contenido de la medida de incautación, San Martín Castro

⁶ DIAZ, Clemente Aníbal. *El Cuerpo del Delito*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1987,p.35

⁷ Óp. Cit, p. 212

define a la medida como "incautación o secuestro"⁸ dando entender que se trata de lo mismo. Sin embargo, Gálvez Villegas hace una distinción entre incautación y secuestro señalando que la incautación es una medida cautelar que asegura el decomiso y el secuestro se refiere a la afectación de bienes o derechos, siempre que estos sean de utilidad para el esclarecimiento de los hechos⁹.

Lo que si queda claro es que la medida de incautación va dirigida contra bienes que han servido como instrumentos, productos y ganancias del delito y que la totalidad de ellos son pasibles de decomiso. Entonces, la incautación tiene por finalidad asegurar el decomiso de estos bienes, independientemente si estos tengan incidencia directa en la comisión del delito como es el caso de los instrumentos del delito o no lo tengan en apariencia como sucede con los productos y ganancias.

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004, incorpora como elementos susceptibles de ser incautados tanto a los instrumentos del delito como a los objetos y efectos del mismo¹⁰.

2.2.2 Embargo Preventivo: Es la afectación de la propiedad o derechos del procesado con la finalidad de asegurar el pago de la reparación civil en una posible sentencia condenatoria.

El embargo puede darse en forma de inscripción de la medida en los Registros Públicos, en forma de retención, en forma de intervención (supervisión y avocamiento de los ingresos que se obtienen), en forma de

⁸ Óp. Cit, p. 326. Establece que la incautación será cautelar cuando se trate de objetos, efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas, haciendo referencia que los bienes muebles donde hayan quedado vestigios del delito el "secuestro" será instrumental.

⁹ Óp. Cit, p. 237

¹⁰ Código Procesal Penal de 2004. Decreto Legislativo N° 957, artículo 316.1°: "Objeto de la incautación: 1) Los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la Ley, siempre que exista peligro en la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la Investigación Preparatoria, ya sea por la policía o por el Ministerio Público".

administración, la ocupación autorizada de la propiedad afectando la posesión, entre otras.

Debe advertirse que el Código de Procedimientos Penales da la posibilidad que el investigado señale bienes libres de gravamen, con lo que en la práctica se le está avisando al procesado del advenimiento de la medida de embargo, pudiendo restarle efectividad a la medida al dar la oportunidad de retirar bienes de la esfera de la justicia.

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 ha hecho una corrección en este aspecto, puesto que el Fiscal queda facultado a efectuar las indagaciones necesarias a fin de ubicar los bienes libres de gravamen del investigado, solicitar el embargo sin aviso al investigado y asegurar con esto el pago de una futura reparación civil.

2.2.3 Orden de Inhibición: Esta medida está regulada en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (artículo 310°) y consiste en no permitir que se pueda disponer o gravar los bienes del procesado o del tercero civil, inscribiéndose dicha decisión en los Registros Públicos. Esta medida se tiene por objeto evitar que se enajenen o transfieran bienes que puedan servir para el futuro cumplimiento pecuniario de una sentencia condenatoria.

2.2.4 Anotación Preventiva: Es la inscripción de la existencia del proceso penal en la partida registral correspondiente a los bienes de propiedad del investigado.

Lo que se pretende evitar es que terceras personas aleguen buena fe al adquirir bienes que pueden ser embargados para asegurar el pago de una reparación civil o resarcir el daño. Esta medida puede ser solicitada por el Fiscal, el agraviado o el Procurador Público de ser el caso y sólo recae sobre bienes inscribibles en los Registros Públicos.

Debe tenerse presente que a diferencia de la orden de inhibición, la anotación preventiva no prohíbe la transferencia de la propiedad, puesto que el objetivo de obtener una prioridad para el cobro de la reparación civil

sobre otras obligaciones adquiridas se encontraría garantizado. En nuestro ordenamiento procesal penal, la anotación preventiva está contemplada en los artículos 15° y 313.1 e) relacionado con la anotación cuando están involucradas las personas jurídicas.

2.3 Medidas Aplicables a las personas jurídicas

Nuestro Código Penal (Decreto Legislativo N° 635 del 06 de abril de 1991), se avoca a las medidas aplicables a las personas jurídicas en su artículo 105°.

La tendencia que utiliza este cuerpo legal es que la persona jurídica como tal no puede ser pasible de sanción al carecer de la voluntad que tenemos las personas naturales. Sin embargo, dispone una serie de medidas conducentes a evitar que esta siga siendo utilizada por las personas naturales en la comisión de actos ilícitos, es decir, no les otorga la responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero cuando se usa a la empresa para la comisión de un delito se le aplica lo que se denomina “consecuencias accesorias”.

El Código establece en el artículo 105° que: “si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.

4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo.

La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fueran aplicadas, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.

Existe un debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Según Caro Coria, muchos países de Europa mantienen la tesis de la posibilidad punitiva sobre la persona jurídica y han superado los elementos que restarían la probabilidad de sancionarlas, entre los que se encuentran la imposibilidad de efectuar un análisis respecto de la responsabilidad subjetiva de la empresa y la imposibilidad de aplicar a la persona jurídica penas que por su naturaleza son aplicables solo a las personas naturales¹¹.

El mismo autor nos resalta un dato interesante: que pese a los años de vigencia del artículo 105°, éste casi no ha sido aplicado por los jueces, esbozando un par de hipótesis: el desconocimiento de los alcances de dicho artículo y porque los magistrados tienen el criterio que los enunciados del mencionado artículo son medidas graves y por ende su utilización tiene carácter excepcional.

Creemos que tampoco se ha aplicado frecuentemente esta medida por un sentido social por parte de los jueces al medir las consecuencias que estas aplicaciones tendrían sobre el futuro laboral de los trabajadores de la

¹¹ CARO CORIA, Dino Carlos, “*La Responsabilidad de la Propia Persona Jurídica en el Derecho Penal Peruano e Iberoamericano*”, en Revista de Derecho – PUCP, N° 51, año 2001, pp. 434 y 453.

empresa sancionada, siendo que personas que no hayan tenido relación alguna con el delito padezcan las consecuencias del mismo.

En efecto, a la fecha un caso que se tiene conocimiento ha aplicado las consecuencias accesorias del 105° en el Perú es el relacionado al uso de la línea editorial de América TV en el “Caso Montesinos” (Expediente N° 011-2011 – Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima).

En este caso, la Sala Penal mediante sentencia en proceso reservado de fecha 08 de agosto de 2006, dispuso por mayoría que la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima fuera declarada Tercero Civilmente Responsable con relación a los procesados José Francisco Crousillat Carreño y José Enrique Crousillat López Torres, por lo que resulta como responsable por el pago de la reparación civil impuesto (80 Millones de Nuevos Soles) y se le aplicó a la empresa lo dispuesto en el artículo 105° inciso 4, “Prohibición a la sociedad de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, en consecuencia a lo resuelto, los representantes de la empresa no podrán acordar en adelante con funcionarios del Estado la independencia de su línea editorial a cambio de dinero¹². Esta sentencia está recurrida en recurso de nulidad.

En el Código Procesal Penal de 2004 se establecen, como se mencionó anteriormente, medidas cautelares contra la persona jurídica, siempre y cuando se pruebe la prolongación del delito o de sus efectos. Entre estas

¹² La parte resolutive de la sentencia dice: “...La Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con la potestad que el Estado le ha otorgado, en Nombre de la Nación falla: (...) TERCERO: En aplicación a lo dispuesto en el artículo ciento cinco del Código Penal, se aplique a la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima – canal Cuatro, la medida de prohibición contemplada en el inciso cuarto de dicha norma: “Prohibición a la Sociedad, (...) de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”, la misma que tendrá carácter permanente, es decir queda permanentemente prohibida de concertar con algún funcionario público la entrega de su línea editorial a cambio de caudales estatales. En cuanto a la empresa LA PLANICIE PROPERTIES, cúmplase con determinar, de ser el caso, la consecuencia accesoria aplicable, en vía de ejecución, luego de habilitar un estadio procesal a efectos de cautelar su derecho a la defensa.

medidas cautelares se puede solicitar el bloqueo de las cuentas bancarias de la empresa.

El Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116¹³ teniendo en cuenta que no se estaba aplicando el artículo 105° del Código Penal como corresponde, fijó los criterios para su aplicación.

El Pleno considera que las consecuencias accesorias son penas auténticas y en base a ello, en la práctica la persona jurídica es penalmente responsable.

Otras disposiciones interesantes son las referidas a que la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en un auto de apertura o ampliatorio, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, independientemente y sin perjuicio que haya sido comprendido como tercero civilmente responsable y la que establece que la disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas; lo que se denominan “empresas de fachada”.

3. Levantamiento del Velo Societario

Si bien el levantamiento del velo societario tiene una connotación corporativa, haremos una breve descripción de esta figura a fin de evitar en el futuro confusiones al respecto.

El objetivo del levantamiento del velo societario, de acuerdo a Torre Muñoz¹⁴ consiste en “prescindir de la ficción o forma legal que supone la personalidad y juzgar de acuerdo con la realidad”, lo que significa el develar a la persona jurídica de su ropaje formal a fin de poder visualizar qué es lo

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116, Asunto: Personas Jurídicas y Consecuencias Accesorias, Lima 13 de noviembre de 2009.

¹⁴ TORRE MUÑOZ, Sonia Bienvenida, *El Levantamiento del Velo Societario*, Grijley, Lima, 2003, p. 40

que en realidad hay dentro de ella, cuál es su objetivo real, si se ha constituido con el ánimo de defraudar a la ley, a sus clientes.

Este fraude a la ley puede aplicarse en varias causales como por ejemplo el beneficiar a los acreedores en detrimento de los socios al simular un perjuicio sobre aquellos, cuando el acreedor puede darse cuenta que la empresa deudora está utilizando la separación patrimonial de una sociedad con el fin de evitar el pago de las acreencias evitando los embargos o cuando se descubre que hay una vinculación económica y societaria de una controlante que abusa de esa situación en desmedro de terceros.

No hay un artículo específico en la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887 del 19 de noviembre de 1997) que contemple el levantamiento del velo societario, no hay un derrotero en la legislación peruana al respecto; sin embargo, Torre Muñoz¹⁵ plantea seguir la posibilidad expuesta por críticos peruanos a fin que el levantamiento del velo societario se fundamente en la comprobación de la existencia de un grupo de control y la previsibilidad, es decir, la responsabilidad de los accionistas sólo se medirá teniendo en cuenta los daños que eran previsibles que podrían aparecer y en tanto el patrimonio de la empresa fuera insuficiente.

Como puede apreciarse finalmente, el levantamiento del velo societario se aplica en los casos que se hagan simulaciones bajo la formalidad legal pero con intención de perjudicar a terceros y/o accionistas y no para encubrir necesariamente actos delictivos, de cuya situación se avoca el Código Penal.

4. El secreto bancario

Secreto bancario es la potestad que ostenta una entidad del sistema financiero con relación a la Administración Pública de no revelarles la información referida a los movimientos de sus clientes acerca de sus cuentas.

¹⁵ Óp. Cit. pp. 107-108.

Es menester hacer hincapié que si bien la legislación nacional no ha definido el concepto de secreto bancario en nuestro ordenamiento, debe destacarse que este se encuentra amparado en el artículo 2° inciso 5° de nuestra Constitución Política de 1993, el cual dice a la letra: "*Art. 2° Toda persona tiene derecho a:*

(...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga al pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado".

El Código Penal también recoge la protección del secreto bancario en el artículo 165° referido al delito de violación del secreto profesional (delitos contra la libertad), en donde el bien jurídico protegido es la intimidad de la persona, sancionando al ejecutivo o funcionario que, por cuestiones de profesión, arte u oficio tiene conocimiento de los movimientos bancarios de la persona y los divulga pese a estar prohibido de hacerlo. La única forma en que esa información puede ser revelada es por mandato de la autoridad competente.

Asimismo, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, establece en su artículo 140° la prohibición a las empresas del Sistema Financiero, así como a sus directores y trabajadores, entre otros funcionarios, el suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos contemplados en los artículos 142° (información no comprendida dentro del secreto bancario) y 143° (del levantamiento del secreto bancario a pedido de la autoridad competente) de la misma normatividad.

La excepción a esta prohibición se encuentra en los casos de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, en cuyo caso la empresa financiera se encuentra en la obligación de comunicar esos movimientos a la Unidad de Inteligencia Financiera.

Con relación al fundamento jurídico del secreto bancario en el Perú, este se basa en la protección al derecho a la intimidad en donde el resto de sujetos no tienen el derecho de conocer la intimidad, y de ser así la persona que tomó conocimiento está en la obligación de mantener el secreto.

En el secreto bancario es por tanto la intimidad del cliente lo que se protege y es él, por ser el titular del derecho, quien tiene el poder de exigir total y absoluta discreción con relación a los depósitos, retiros y demás movimientos que ha confiado a la entidad bancaria de su elección.

Concordamos con lo opinado por Azaustre Fernández¹⁶ en cuanto a los elementos que conforman el secreto bancario: 1) subjetivo (los sujetos de la relación bancaria: activo personificado por el cliente del Banco y pasivo conformado por la entidad financiera) y 2) el elemento objetivo (datos que se encuentran protegidos por el secreto).

La relación existente entre el secreto bancario y la medida de bloqueo de cuentas bancarias radica en que por lo general la autoridad solicita el levantamiento del secreto bancario para posteriormente determinar, de acuerdo a los hallazgos encontrados, la conveniencia de solicitar o imponer la medida de bloqueo de las cuentas que aparentemente contengan movimientos irregulares o extraños, o que sean sospechosas de provenir de fuente ilícita.

No es exagerado señalar que en la actualidad el secreto bancario en nuestro país viene sufriendo una serie de reducciones en lo relacionado a la protección de los sujetos activos puesto que, pese a la protección

¹⁶ AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *El Secreto Bancario*, editorial JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 33.

constitucional que ostenta, esta tiene relativa importancia al momento de enfrentarla con la potestad sancionadora del Estado.

Si bien es cierto que hay casos en los que debe proceder el levantamiento del secreto bancario por la comisión de hechos delictivos de gravedad, no debe descuidarse bajo ningún modo el sopesar si efectivamente existen elementos suficientes que conlleven a ejecutar esta medida.

El juzgador debe tener presente que el secreto bancario es una institución creada para favorecer y proteger a las personas que utilizan el sistema financiero.

Se debe tener en cuenta además que nuestro país no debe estar ajeno a las inversiones extranjeras y que estas, al observar los defectos mencionados, finalmente opten por no operar en nuestro país debido a la escasa confidencialidad que tendrían sus depósitos bancarios. Esto debería evitarse por supuesto, pero sin dejar de lado el deber de no permitir que ingrese a la actividad bancaria dinero de procedencia dudosa o presumiblemente ilegal.

5. Análisis de la Ley N° 27379 y el Nuevo Código Procesal Penal de 2004

La Ley N° 27379 – Ley de Procedimiento para Adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares de fecha 13 de enero de 2001, modificada por el Decreto Legislativo N° 988 del 21 de julio de 2007, establece los siguientes parámetros entre los más resaltantes:

- Se circunscribe a la etapa de la investigación preliminar.
- Establece una serie de delitos como ámbito de aplicación entre los que se encuentran los delitos tributarios, terrorismo, tráfico de drogas, entre otros.

- Otorga la posibilidad al Fiscal de solicitar al Juez Penal la imposición de diversas medidas limitativas de derechos entre las que se encuentran la detención preliminar, impedimento de salida, embargo de bienes, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria y el bloqueo e inmovilización de las cuentas bancarias aunque estas no figuren o no estén registradas a nombre del investigado, verbigracia, podría afectarse la cuenta bancaria de una persona jurídica invocando este precepto.
- El plazo de inmovilización de la cuenta es de 15 días, prorrogables por 15 días adicionales previo requerimiento del Fiscal y con resolución motivada del Juez. Cabe añadir que estos plazos se vuelven indefinidos cuando esta medida es determinada por el Juez en la etapa de instrucción.
- Permite que la medida de bloqueo de la cuenta bancaria se pueda realizar también en el curso del proceso penal, conforme lo establece el artículo séptimo de dicha ley.

Esta norma legal tiene como finalidad evitar la desaparición de la prueba incriminatoria y no el aseguramiento de una posible reparación civil dentro de un proceso penal y es en mérito a esto que permite la aplicación de esta ley en la etapa de investigación preliminar.

Teniendo en cuenta que los plazos son relativamente breves (máximo 30 días), es posible que a las autoridades les parezca poco el tiempo otorgado y harán lo posible por prolongar la duración de la medida de inmovilización sin tomar en cuenta el daño que podría estar generando con la determinación de la misma.

No es algo irreal el mencionar que, a pesar que toda medida de este tipo debe tener un carácter excepcional, por lo general la autoridad se encuentra tan presionada por evitar una posible "fuga de la prueba" que no se detiene a analizar con la minuciosidad requerida la real situación de las cosas, y es

por ello que surgen las injusticias que le son reclamadas posteriormente y cuyo daño muchas veces puede devenir en irreparable.

Por otro lado, es válido también observar que el espíritu de esta ley es la de facilitar la potestad punitiva del Estado en su lucha contra el crimen organizado, el lavado de dinero y otros delitos que afectan a nuestra sociedad, por tanto, somos de la opinión que la aplicación de esta norma en forma equilibrada sería útil para la investigación, juzgamiento y posterior sanción de los delincuentes al mantenerse conservada la prueba incriminatoria y evitar a su vez que se siga utilizando el sistema bancario para la comisión del ilícito penal.

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en el numeral 2° del artículo 235° establece a la letra "*(...) el Juez, previo pedido del Fiscal, podrá proceder a la incautación del documento, títulos – valores, sumas depositadas y cualquier otro bien o al bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre*".

Puede apreciarse que en el Nuevo Código Procesal Penal también hace referencia el alcance de la medida a las cuentas que no pertenezcan al procesado o que no se encuentren registradas a su nombre, con lo que también cabría la posibilidad que se bloqueen cuentas pertenecientes a personas jurídicas.

Gálvez Villegas nos detalla cómo se ejecuta la medida, la cual empieza oficiándose a la entidad bancaria o financiera en donde se encuentren las cuentas, quienes a partir de ese momento están obligados a conservar los fondos dinerarios y los intereses generados hasta que el Juez Penal disponga su entrega o transferencia final al tesoro público¹⁷.

¹⁷ Óp. Cit p. 299

En caso los funcionarios bancarios incumplan con la retención ordenada y los hubieren entregado a sus propietarios, quedarán obligados como retenedores en general y se les exigirá que repongan los fondos cuando la autoridad se los reclame. En este caso quedan solidariamente obligados tanto el funcionario negligente como la entidad bancaria o financiera.

Creemos que inclusive al funcionario bancario se le podría iniciar un proceso penal por delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de encubrimiento real, previsto y penado en el artículo 405° del Código Penal.

6. Diferencias entre la inmovilización de la cuenta bancaria decretada por Juez Penal y el embargo de cuenta determinada por Autoridad Administrativa

A fin de hacer más didáctica la intención de mostrar las diferencias entre la inmovilización de la cuenta bancaria decretada por Juez Penal y la de embargo de cuenta determinada por Autoridad Administrativa, se elaboró el siguiente cuadro:

Inmovilización decretada por Juez Penal	Inmovilización determinada por Autoridad Administrativa
Motivación: La preservación de la prueba, objeto, instrumento, ganancia del delito y/o asegurar el pago de la reparación civil.	Motivación: Asegurar el pago del monto dinerario presuntamente adeudado a la Autoridad Administrativa.
Duración: De acuerdo a la Ley 27379° la medida no puede durar en etapa de investigación preliminar más de 15 días y excepcionalmente podrá prorrogarse por 15 días adicionales previa resolución motivada del Juez. En instancia judicial la medida durará el tiempo que demore el proceso.	Duración: Indeterminada, dependiendo del desarrollo del proceso. Esta medida puede levantarse en caso el deudor pague la deuda impuesta.
Método: El Juez lo determina de oficio, a solicitud del Ministerio Público o del agraviado.	Método: El funcionario público lo determina de oficio.
Cuándo se utiliza: Cuando existan elementos como el peligro de desaparición de la prueba mientras dure el proceso (periculum in mora) y asimismo, se acrediten elementos contundentes que conlleven a deducir la responsabilidad penal del procesado (fumus boni iuris)	Cuándo se utiliza: Ante la posibilidad que el demandado pudiera retirar los fondos y con ello perjudicar el pago ordenado mientras dure el proceso administrativo (periculum in mora).

Si bien en el campo civil también se puede aplicar la medida cautelar en forma de retención de cuentas bancarias a solicitud del demandante, en el presente trabajo se está haciendo la comparación entre la medida de índole penal con el administrativo por cuanto sólo en el ámbito penal y administrativo se pueden decretar la medida de embargo de cuenta bancaria de oficio; es decir, que sólo en estas vías queda a discreción de la Autoridad Judicial o Administrativa la aplicación de esta medida, lo que no

ocurre en un proceso civil, el cual es determinado por el Juez de la materia pero previo pedido cautelar de la parte demandante.

Sin embargo, se puede considerar que en el ámbito penal el perjuicio moral del afectado con la medida cautelar pudiera ser mayor que en el Administrativo, civil, laboral u otra rama puesto que en materia penal la motivación es delictiva y en el resto de las nombradas es de carácter pecuniario u obligacional; por tanto, cuando la aplicación de esta medida originada de la investigación de un delito llegue a conocimiento de los clientes, proveedores, competencia u otros, el daño en la reputación de la empresa va a ser mayor que la medida emanada del ámbito administrativo, civil u otra rama del derecho.

7. Motivaciones de la Autoridad Jurisdiccional para embargar la cuenta

No es difícil deducir que a la autoridad jurisdiccional lo que le motiva para embargar la cuenta bancaria es el evitar la desaparición de la evidencia de un delito dependiendo de la conducta que se investiga y también la retención de ganancias de aparente procedencia ilícita.

La doctrina tiene como referencia que la mayoría de medidas cautelares dictadas en un proceso penal son de coerción personal o limitativa de derechos tal como lo describe Peláez Bardales¹⁸, quien agrega además que se debe distinguir adecuadamente entre las medidas coercitivas o limitativas de derechos y las medidas cautelares propiamente dichas, dando a entender con este enunciado que el embargo de cuenta bancaria no sería una medida cautelar sino una simple medida limitativa de derecho, algo según a nuestro criterio es parcialmente cierto, puesto que, consideramos que el embargo de la cuenta bancaria es una medida cautelar de carácter real dictada dentro de un proceso penal y que ciertamente es también a su vez una medida limitativa del derecho de propiedad.

¹⁸ PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El Proceso Cautelar*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007, p. 445.

Veamos ahora, cuáles pueden ser los motivos por los cuales la autoridad toma la determinación de ejecutar la medida de bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias.

7.1 Persecución del delito

El Fiscal, como titular de la acción penal, tiene el encargo de representar los intereses de la sociedad y como tal es el persecutor del delito. En caso pudiera percibir durante el desarrollo de la investigación que una o varias cuentas aún así no se encuentren a nombre del investigado pudiera provenir de una fuente no lícita, está facultado a solicitar al Juez Penal el levantamiento del secreto bancario y/o la inmovilización de la cuenta bancaria; para ello, está obligado a fundamentar la conveniencia de esta medida. El Juez, luego de la evaluación respectiva, procedería a ordenar el bloqueo de las cuentas.

Cabe mencionar que el Fiscal de la Nación está facultado a ordenar el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

7.2 El peligro en la demora

El *periculum in mora* o peligro en la demora consiste en la urgencia de decretar la medida a fin de evitar un daño irreparable ocasionado por el tiempo en que transcurrirá en la investigación de un hecho.

La autoridad aplica la medida invocando el peligro en la demora a fin de preservar la prueba de un delito, evitando de esta forma su desaparición o indisponibilidad.

Concordamos con lo expresado con Armando Rivas¹⁹, al manifestar que el peligro en la demora, una figura rescatada del Código Procesal Civil (art. 611°), deberá ser contemplado teniendo en consideración la urgencia de obtener protección especial dados hechos que indican una posible

¹⁹ ARMANDO RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano*, Jurista Editores, Lima, 2005, p. 43.

irreparabilidad o grave daño que pudiera significar esperar la emisión de una sentencia.

7.3 La preservación de la prueba del delito

La preservación de la prueba del delito es precisamente el motivo principal por el que se invoca el *periculum in mora*. Es importante para la investigación el conservar lo mejor posible la evidencia delictiva a fin de determinar fehacientemente la responsabilidad del imputado, puesto que la ley es muy clara en el sentido que nadie puede ser condenado sin argumentos o medios probatorios sólidos, caso contrario, se deberá aplicar el principio del *indubio pro reo* (la duda favorece al reo) al no tener herramientas, evidencias que generen convicción de la autoría o la comisión del delito.

En una cuenta bancaria bloqueada se puede evitar en primer lugar la desaparición del dinero que pudiera provenir de fuente ilícita, una vez aprobada la solicitud del levantamiento del secreto bancario se pueden determinar cuáles han sido los movimientos que se hicieron en las cuentas bloqueadas, a qué personas fueron dirigidas, cuántas y qué tipos de transferencias o depósitos se hicieron en ellas, de dónde provenían esas transferencias o depósitos; es decir, elementos que pueden definitivamente dar pautas claras a la autoridad acerca de la posible comisión de un delito.

8. Delitos que conllevan a decretar el bloqueo de cuentas

La Ley N° 27379 Ley de Procedimiento para Adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares, en su artículo primero establece el ámbito de aplicación de esta norma, cercando las conductas delictivas donde se aplicarán las medidas limitativas entre las que se encuentra el bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias.

Tenemos entonces que los delitos pasibles de ser ejecutada la medida de embargo de cuentas bancarias se encuentran en primer lugar los cometidos por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales en caso esté

de por medios los recursos públicos o la intervención de funcionarios o servidores públicos, por ende, los ilícitos contra los recursos del Estado cometidos por una sola persona no puede ser pasible de esta aplicación en su etapa preliminar.

Las empresas podrían ser utilizadas como medios para perpetrar delitos y como tal pueden estar constituidas por más de una persona natural o crearse con la intención de facilitar el accionar delictivo a una organización criminal. En consecuencia, si se está investigando a un solo accionista o participacionista por un hecho delictivo no relacionado con la empresa, no cabría en teoría aplicarse la medida de embargo de cuenta a la persona jurídica a la cual pertenece en calidad de socio.

¿Qué ocurriría si estamos por ejemplo frente a una sociedad anónima cerrada donde existan dos socios y uno de ellos es investigado por algún hecho delictivo cuya gravedad y condición posibilita a la autoridad decretar el bloqueo de la cuenta bancaria de la empresa? Pues ante este caso, se debe tener en cuenta si los dos socios han formado intencionalmente una asociación destinada a cometer delitos, una organización criminal y cuál fue el real objeto de la constitución de dicha empresa a fin de determinar la posibilidad de proceder al embargo de las cuentas de dicha persona jurídica, puesto que, si se trata de una sola persona investigada y los hechos son ajenos a la actividad de la sociedad no debería proceder la medida así la ley señale que se pueden también embargar las cuentas cuando estas no sean de titularidad documentada del investigado.

En esta perspectiva se deja un amplio margen de acción, puesto que si basta con la participación de un servidor o funcionario público y la participación de una organización criminal, se pueden incluir por ejemplo el delito de estafa cometido por una organización con apoyo de algún mal funcionario estatal a fin de apropiarse dinero de terceros o del propio Estado.

La ley nos habla también de la posibilidad de su aplicación en los delitos de peligro común, contra la administración pública donde tenemos los delitos

de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, los comprendidos en la Ley de Delitos Agravados - Decreto Legislativo N° 896, delitos Aduaneros y Tributarios (contrabando, receptación, entre otros) cuando sean cometidos por más de una persona u organización criminal.

El Decreto Legislativo N° 988, que modifica algunos artículos de la Ley N° 27379 incluye también como delitos pasibles de aplicación el bloqueo de cuentas en etapa preliminar a los delitos de tráfico de drogas, lavado de activos, contra la humanidad, entre otros. Este Decreto Legislativo añade también a “otros delitos cuando integre una organización criminal” es decir, otorga a la autoridad una amplia posibilidad para poder utilizar el bloqueo de cuentas bancarias como medida precautoria mientras dure la investigación del delito.

Con relación al Código Procesal Penal de 2004, este no hace una enumeración de los delitos que conllevan a la utilización del bloqueo de las cuentas bancarias, sólo pone como condición que las cuentas a ser bloqueadas resulte indispensable para los fines del proceso y tengan relación con el hecho punible investigado, algo que sabemos es muy subjetivo de valorar por nuestros juzgadores.

SECCIÓN II

CONSECUENCIAS DE LA MEDIDA EN EL DESEMPEÑO DE LA EMPRESA

1.- Evaluación de las personas comúnmente perjudicadas con la medida

Son posibles de ser ejecutadas con la medida las personas naturales que se encuentran investigadas en un proceso penal cuyo delito está comprendido en los alcances de la norma.

Este enunciado no resta la posibilidad que se incluyan también las cuentas que no están bajo la titularidad del investigado pero de la cual se tiene referencias de una vinculación con la persona. Estas cuentas vinculadas por tanto pueden pertenecer tanto a personas naturales como jurídicas y es precisamente a esta última donde se va a enfocar el análisis de nuestro trabajo.

Sabemos que las personas jurídicas utilizan el sistema financiero con la finalidad de agilizar y obtener mayor seguridad en las transacciones monetarias y financieras.

Las cuentas bancarias que los representantes de las personas jurídicas aperturan tienen diversos objetivos, entre los que se encuentran el pago de proveedores, pago de planillas, pago de obligaciones tributarias, contingencias, entre otros.

En este punto ¿qué ocurre si la autoridad judicial determina la inmovilización o bloqueo de la cuenta bancaria de la empresa sometida a una investigación? Aquí podemos apreciar que la entidad financiera está obligada inmediatamente a acatar la orden judicial, inmovilizando las cuentas bancarias que la empresa cuyos representantes son investigados pudieran tener en su institución.

Consecuentemente, los trabajadores, proveedores y acreedores de la empresa investigada serían los principales perjudicados en forma directa por la determinación de esta medida y se verían entonces afectados al no poder la empresa investigada cumplir con los pagos respectivos.

Si como consecuencia de la investigación del delito se inmoviliza la cuenta de la empresa destinada al pago de trabajadores, la empresa no podría en principio honrar con dicho pago salvo que tuviera algún otro ingreso que no se encuentre dentro del sistema financiero o no tendría otra opción más que vender parte de sus activos o utilizar mecanismos financieros como emisión de bonos, los cuáles a decir verdad no serían de mucha utilidad debido a la investigación a que está sometida.

Apreciamos que los trabajadores podrían ser objeto de un problema al no poder percibir la remuneración a que tienen derecho. El reclamo de dicho derecho ante la autoridad laboral o judicial podría devenir en ineficiente si es que la empresa carece de fondos inmediatos para poder cumplir con su obligación.

Debería en tal caso contemplarse la liquidación o el cese de actividades de la empresa si es que no se avizora una determinación del Poder Judicial con relación a la investigación del delito.

Sabemos que en la mayoría de los casos los procesos penales son demasiado largos y la ley faculta que el plazo de 15 días solicitado por el Ministerio Público para el bloqueo de las cuentas puede prolongarse por 15 días adicionales y en la etapa de instrucción esta medida puede permanecer mientras se desarrolla el proceso judicial.

Como se aprecia, el tiempo que podría demorar la ejecución del bloqueo de la cuenta bancaria y la medida en sí devendrían en perjudicial para los trabajadores de la empresa, los cuáles pasarían a ser perjudicados con la investigación de un delito.

Se comprende que los trabajadores son las personas que realizan labores de carácter personal para la empresa, habiendo de por medio un horario establecido, subordinación al empleador y una remuneración o contraprestación por los servicios prestados.

Se entiende por proveedor a la persona natural o jurídica que proporciona a la empresa algún producto, servicio o materia prima necesarios para su desenvolvimiento o producción. Estos agentes se verían afectados con la medida en tanto la cuenta destinada al pago de su acreencia se encuentre bloqueada, o en fin, en tanto todas las cuentas estén paralizadas por orden judicial.

El problema radica en que los proveedores tienen a su vez trabajadores que dependen de los ingresos de las empresas a la cual pertenecen. Hasta este punto podría suponerse que el proveedor de la empresa investigada tendría a su vez otros clientes con qué sustentar su actividad y pagar a sus colaboradores; sin embargo ¿Qué ocurre si la empresa investigada es el principal comprador de la empresa proveedora con un porcentaje mayor al 60 %?

Como se puede observar, el proveedor cuyo mayor cliente es la empresa investigada padecería también de la medida de bloqueo de cuenta bancaria al no poder cobrar su acreencia mientras dure la inmovilización, con la consecuente falta de liquidez para pagar a sus propios trabajadores y acreedores, lo que conlleva a una afectación en el desarrollo normal de dicha empresa proveedora, pudiendo inclusive correr la misma suerte de la empresa investigada sin ser responsable desde el punto de vista comercial, ni tener participación alguna en el hecho investigado.

Son acreedores las personas naturales o jurídicas que tienen potestades para requerir el pago de una deuda o el cumplimiento de un contrato previamente formalizado a la empresa deudora u obligada en su condición de partícipe de dicho contrato.

Es obvio que si la empresa tiene bloqueada sus cuentas no podrá en el plazo inmediato cumplir con sus acreedores, quedando a estos últimos la opción de entablar medidas conducentes a lograr el cobro de sus acreencias; sin embargo ¿qué tan efectivas podrán ser dichas medidas si la empresa investigada no se encuentra en posibilidades de cancelar sus deudas al tener bloqueadas sus cuentas? La venta de activos supone un plazo prudencial.

Los acreedores también se verían irremediablemente perjudicados con la determinación de la medida de bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias.

El Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116, en el numeral 18, precisa los alcances de lo establecido en el último párrafo del artículo 105° del Código Penal referido a la situación de los trabajadores, el cual establece que si se aplican alguna de las medidas contenidas en dicho artículo a las personas jurídicas cuando un delito fue cometido dentro del ejercicio de la actividad de la empresa, el juez deberá ordenar a la autoridad que corresponda que intervenga a la persona jurídica hasta por dos años fin de preservar los derechos de los trabajadores y acreedores, limitando esta opción solo cuando se disponga medidas de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Esta vendría ser un intento de solución a la problemática generada de la aplicación del artículo 105° del Código Penal con relación a la situación en que quedaban personas ajenas al proceso como los trabajadores, y es tal vez por esta razón que los juzgadores no estaban muy convencidos de aplicar esta norma legal.

En conclusión, no solo la empresa investigada en sí se perjudica con la inmovilización de la cuenta, sino además esta medida causa perjuicios a terceros ajenos al proceso de investigación y sin ninguna intervención ni grado de responsabilidad en el hecho incriminatorio, motivo por el cual, el juzgador deberá tener muy en cuenta este perjuicio antes de tomar sin contemplación la decisión de dictar el bloqueo de la cuenta a la empresa investigada.

2. El incumplimiento de los plazos procesales y la prolongación desmesurada de los procesos penales.

Si bien tanto en el Código de Procedimientos Penales como en el Nuevo Código Procesal Penal se encuentran establecidos plazos para cada tipo de procedimiento (sumario, ordinario en el Código de Procedimientos Penales y proceso común y especiales en el Nuevo Código Procesal Penal) se tiene la certeza que lamentablemente estos plazos no se cumplen en la realidad, al menos demostrado en el Código de Procedimientos Penales, lo que ha generado que este retraso tenga como efecto una demora perjudicial tanto para procesados como agraviados.

Al mantenerse embargada una o varias cuentas bancarias durante un tiempo algo prolongado mientras se espera la resolución definitiva del proceso, tenemos que los efectos de dicha demora ya podrían haber generado daños tal vez irreparables no solo en la empresa investigada, sino también en personas ajenas como los trabajadores, proveedores y acreedores.

Vemos pues que este incumplimiento de los plazos, generados muchas veces por una común causa ajena a la voluntad de los juzgadores como es la excesiva carga procesal a lo que son sometidos, produce un efecto altamente negativo en la empresa cuyos representantes son sometidos a instrucción y por ende es bastante conocido que mientras más tiempo se demore en resolverse la situación, mayor será el daño provocado e inclusive este puede convertirse en irreversible, pues cuando se bloquea una o varias cuentas bancarias de una empresa, no es encontraremos ante un serio

problema de liquidez contra la empresa y su normal desenvolvimiento ¿cómo podrán pagar en el corto plazo sus deudas, las remuneraciones de sus trabajadores? ¿Podrán sobrevivir a la competencia si no cuentan con el capital necesario para incrementar el negocio?

Estas interrogantes nos demuestran cuán importante es que una empresa mantenga el libre movimiento de sus cuentas bancarias y su prestigio en el sistema financiero.

Somos de la opinión también que las autoridades del Ministerio Público y Poder Judicial deben cumplir con los plazos establecidos y que el echar la responsabilidad total de retraso a la carga procesal no es justificación, sino más bien deberían encontrar una alguna solución ingeniosa para enfrentar esta situación.

En efecto, concordamos con lo opinado por Mario Antonio Morales Monroy, quien manifiesta que “los plazos tienen como característica el ser perentorios e improrrogables, por lo tanto, los juzgados de primera instancia deben acatar lo dispuesto por la norma y cumplir con los plazos en los términos programados.

El hecho que haya sobrecarga de procesos, es responsabilidad del organismo judicial crear los mecanismos adecuados que ataquen el fondo del presente problema.”²⁰

Se debe tener en cuenta que en un proceso penal, donde está en juego derechos fundamentales de las personas como la libertad, este debería ser lo más breve y eficiente posible; sin embargo, no ocurre tal cual lo deseado, y particularmente en materia penal, la demora en la resolución definitiva conlleva un daño más grave que en un proceso civil o de cualquier otra índole.

²⁰ MORALES MONROY, Mario Antonio. *Incumplimiento de los Plazos en la Etapa Preparatoria del Proceso Penal*. En < <http://es.scribd.com/doc/7469430/Incumplimiento-de-los-Plazos-en-la-Etapa-Preparatoria-del-Proceso-Penal>> (consulta: 27 de octubre de 2011).

Se ha comentado en demasía sobre la prolongación desmesurada y muchas veces injustificada de los procesos penales y de sus posibles soluciones y es por este motivo que solamente mencionaremos que esta situación no es culpa de un solo agente, inclusive hasta nosotros como abogados tenemos algo de responsabilidad en esta situación al plantear cuestiones, excepciones, nulidades o cualquier otro artilugio legal con un único objetivo dilatorio.

En nuestro tema en particular, esta dilación genera un evidente deterioro en la empresa cuyos representantes son investigados y se están con esto vulnerando los derechos a la presunción de inocencia, libertad de trabajo, propiedad y empresa.

Entonces, la empresa de propiedad de los investigados no solo tiene que lidiar con mantenerse activa mientras sus cuentas se mantengan congeladas sino que también deberá enfrentarse además a la demora en la obtención de una determinación definitiva que resuelva para bien o para mal su situación jurídica, dejando también en estado de espera a sus trabajadores, proveedores, acreedores e inclusive accionistas ajenos a la instrucción.

Finalmente, con relación a la pena a imponerse, esta debe ser la adecuada tomando en consideración los fines del derecho penal moderno el cual no debe tener una intención revanchista sino a evitar su repetición, tal como lo postulan Pérez López y Santillán López²¹ cuando precisan: " la creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delitos, sea por la configuración antropológica o biológica del autor o por el medio social en que vivían, generó un cambio en la concepción teórica fundamental del Derecho Penal de fines del siglo pasado: la pena no debía dirigirse a reprimir justamente un hecho sino a impedir que su autor reincidiera en el delito".

²¹ PÉREZ LÓPEZ, Jorge A y SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. *Criminología De la Concepción Positivista a La Perspectiva Crítica*, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 56.

3. Derechos Constitucionales invocados

Vamos a mencionar cuáles son los derechos contemplados en nuestra Constitución Política que pueden ser vulnerados al aplicarse la medida de bloqueo o inmovilización de cuenta bancaria:

3.1 A la igualdad ante la Ley, el debido proceso, el derecho de propiedad, la garantía y fomento del ahorro.

La igualdad ante la ley significa que todos los humanos nacemos libre e iguales ante la ley en lo que respecta a derechos y dignidad, en concordancia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Salas Arenas²² recogiendo una Resolución del Tribunal Constitucional (Exp. 0090-2004-AA/TC) establece que el principio de igualdad ante la ley está compuesto de la siguiente manera:

- a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos.
- d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Estos enunciados son muy claros en tratar de evitar que el Estado abuse de sus facultades y poderes e impere ante todo la igualdad ante la ley que tenemos todos los seres humanos.

²² SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Constitucionalidad y Aplicación Judicial en el Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas San Bernardo, Lima, 2011, p. 449.

Ahora bien, se conoce que dentro del debido proceso se tiene la tutela al *derecho en el proceso*, que no es más que la facultad que tienen las personas involucradas en un proceso a diversos derechos dentro del inicio, tramitación y finalización del mismo.

Los sujetos pertenecientes a la persona jurídica investigada tienen la potestad de acogerse a estos principios que aclaran lo que es la igualdad ante la ley establecidos por el Tribunal Constitucional en caso vean que sus derechos están siendo mermados por las autoridades encargadas de procesarlos.

Con relación al debido proceso, este es amparado por el inciso tercero del artículo 139° de la Constitución Política del Estado el cual como principio y derechos de la función jurisdiccional “la observancia del debido proceso y la función jurisdiccional”.

El debido proceso tiene su antecedente constitucional en la Quinta Enmienda a la Constitución Federal de los Estados Unidos de América²³ y tiene entre sus características más resaltantes la facultad que se nos otorga a los ciudadanos de contradecir los hechos que se nos imputan, a los fallos debidamente motivados, a la pluralidad de instancias, a la cosa juzgada, a que nuestro proceso sea revisado por un juez que no esté parcializado, entre otros.

A criterio de Espinosa – Saldaña Barrera²⁴ el concepto de debido proceso descrito en la Constitución Política de 1993 tiene un alcance distorsionado por cuanto daría a entender que este sólo tiene alcance restringido a los procesos judiciales y administrativos sancionadores, excluyéndose por tanto los demás procedimientos administrativos o los pactos entre los particulares.

²³ Esta enmienda señala que ninguna persona deberá verse privada de la vida, la libertad o la propiedad sin un debido proceso legal.

²⁴ ESPINOSA SALDAÑA- BARRERA, *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, Ara Editores, Lima, 2003, pp. 419-421

Consideramos que esta idea es certera puesto que, pese a la existencia de jurisprudencia que prescribe que el debido proceso deberá aplicarse inclusive en las relaciones con los particulares, la experiencia nos recuerda que aún en los procesos administrativos sancionadores no se aplica el principio en la práctica el derecho al debido proceso como por ejemplo, en los recursos de impugnación relacionados con aplicación de sanciones al Reglamento de Tránsito.

La Constitución Política del Estado, se refiere a la propiedad en el artículo 2° inciso 16²⁵ y los artículos 70° a 73° en el Capítulo III “de la propiedad”²⁶.

En estas propiedades, los ciudadanos pueden iniciar negocios, utilizarlas como sedes de la persona jurídica y he aquí la pertinencia de invocar el Derecho de Propiedad establecido en la Constitución puesto que, cualquier decisión judicial que recaiga sobre la empresa implica también una limitación al uso de la propiedad como sede de la misma en caso se ordene el cierre definitivo o temporal.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Artículo 2.- “Toda persona tiene derecho (...) 16 a la propiedad y a la herencia”.

²⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Artículo 70.- “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

Artículo 71.- “En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley”.

Artículo 72.- “La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes”.

Artículo 73.- “Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”.

El artículo 87° de la Constitución se refiere que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. Sobre este aspecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 410-2002-AA²⁷ señala que el Estado no puede apropiarse indebidamente de los ahorros de los particulares, teniendo más bien como misión el fomentar y garantizar el ahorro.

Este precepto en un principio se aplicaría para proteger a los particulares en caso el Estado utilice mecanismos legislativos para apropiarse de sus ahorros.

Consideramos que este artículo no sólo puede ser invocado ante actos legislativos; sino que, al tener el Estado el deber de fomentar y garantizar el ahorro, se debería también considerar que se proscribe cualquier acto con tendencia a apropiarse de los depósitos en forma arbitraria e injustificada no solo con intentos legislativos sino con la utilización de cualquier otro método siempre que, como se repite, tenga un carácter arbitrario e injustificado y, de acuerdo a lo expuesto, el Estado, en uso de su poder punitivo, no tiene el derecho de utilizar en forma arbitraria las medidas coercitivas conducentes a retener y finalmente apropiarse del ahorro de los particulares a través de una presunta injustificada medida cautelar de inmovilización o bloqueo de las cuentas bancarias.

La medida sería, a nuestro entender, inconstitucional, siempre y cuando ésta tenga un carácter abusivo y sin fundamento sólido.

3.2 La presunción de inocencia y la libertad de trabajo

Una defensa que tienen las personas frente a la potestad punitiva del Estado o *ius puniendi* es el derecho a la presunción de inocencia, por el cual toda persona se presume inocente hasta que no esté debidamente acreditada su responsabilidad.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0410-2002-AA/TC del 15 de octubre de 2002.

César San Martín²⁸, citando a Vegas Torres, refiere que la presunción de inocencia tiene tres alcances: “1) Un concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal. 2) Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso. 3) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada”.

A decir de estos postulados, la presunción de inocencia es una garantía frente al *ius puniendi* del Estado, el procesado debe ser tratado como inocente por el juzgador y la carga de la prueba de la culpabilidad deberá recaer en la acusación, la cual es suministrada por el Ministerio Público.

Entonces, debe contemplarse este principio antes de decretar la ejecución de la medida de inmovilización de cuentas bancarias de la empresa, puesto que, si las pruebas de cargo no son suficientes, persiste la presunción de inocencia a favor del procesado y no cabría la posibilidad de tomar tan drástica medida.

La libertad de trabajo, es un derecho mediante el cual las personas tenemos derecho a realizar alguna actividad productiva que nos generen ingresos para el sustento propio.

Cuando a una empresa se le corta sus ingresos o su fuente de almacenamiento de estos, indirectamente se le estaría recortando el derecho a la libertad de trabajo de los dueños de la persona jurídica, y como vemos, se trata de un derecho fundamental y de obligatorio cumplimiento para el Estado. En tal sentido, para la aplicación de la inmovilización de cuentas bancarias se debe ser tener la certeza de su

²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, Tomo I, Lima, 1999, p. 67

necesidad, méritos suficientes y urgencia a fin de no perjudicar innecesariamente a la empresa cuyos representantes están siendo investigados.

4 Consumación del daño

Antes de enfocarnos en la consumación del daño, creemos que es preciso indicar que el bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias se da por lo general en los delitos cometidos por organizaciones criminales o lo que se denomina "criminalidad organizada". Sin embargo, de acuerdo a Prado Saldarriaga²⁹, aún no existe un concepto exacto sobre lo que es la criminalidad organizada en sí, encontrándose sólo las once características o indicadores acordadas por la Unión Europea y que pueden servir de pauta para describir lo que es la criminalidad organizada, teniendo a los siguientes tres indicadores dentro de los once como los denominados "indispensables" para poder reconocer que estamos frente a una organización criminal: a) concurrencia de dos o más personas, b) La comisión de delitos graves y c) el ánimo de lucro.

Vamos a ponernos en la situación que se ha acreditado que los representantes legales de la empresa investigada no eran parte de una organización criminal; asimismo, se acreditó que las personas investigadas no cometieron ningún acto delictivo y la cual se le bloquearon sus cuentas bancarias a solicitud en un principio del Ministerio Público en etapa preliminar y luego mantenida dicha medida mientras duró la etapa de instrucción, pero para arribar a esa conclusión el Poder Judicial ha demorado un tiempo lo suficientemente prolongado como para dejar la empresa en una situación irreversiblemente ruinososa.

Estamos ante un daño consumado: injustamente se llevó a la empresa a su inoperatividad en aras del poder punitivo del Estado y de evitar la desaparición de la prueba de un delito que nunca existió.

²⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada*, Idemsa, Lima, 2006, pp. 34,35.

Hay dos puntos de vista sobre los cuáles se puede observar el daño ocasionado por el Estado en uso de sus atribuciones de perseguidor y sancionador de los ilícitos penales, en particular, al determinar el bloqueo o inmovilización de las cuentas bancarias de una empresa sometida a investigación:

4.1 Desde el punto de vista económico

Supongamos que la empresa ha quedado tan deteriorada que ya no tiene opción a reflotarse y no quedaría otra alternativa más que liquidarla y repartir los activos entre sus acreedores.

Aquí la facultad punitiva del Estado ha logrado terminar con una persona jurídica que tal vez se venía manejando adecuadamente dentro de su mercado, pero que, la medida de bloqueo de sus cuentas bancarias injustamente combinada con la demora en el proceso han repercutido negativamente en su vigencia y existencia, trayendo consigo consecuencias negativas para sus trabajadores, proveedores, acreedores y otros accionistas o participacionistas.

Y es que a los administradores de justicia, fiscales y procuradores en realidad poco les importa si la empresa luego del proceso investigador y las medidas cautelares determinadas van a conservar un estándar mínimo de operatividad.

Para los actores que representan al Estado de una u otra forma es muchísimo más importante la persecución, investigación y probable sanción que el tomar medidas precautorias en pos de evitar un daño irreversible en la empresa investigada y sus activos.

Con una empresa con dificultades económicas para poder desenvolverse normalmente, el hecho que se haya absuelto a sus representantes legales y se haya dejado libre de responsabilidad a la empresa no es nada alentador cuando ya se hace difícil mantener el ritmo que tenía dicha persona jurídica antes del proceso penal.

No necesariamente se requiere llegar a la etapa de instrucción para que se pueda producir el daño, puesto que, dependiendo del tamaño de la empresa y sus movimientos económicos, esta se puede deteriorar irreversiblemente aún en la etapa de investigación preliminar, dado que, mientras más pequeña sea la empresa, contará con menos reservas para poder afrontar la contingencia generada por la medida de bloqueo de cuenta y el proceso en general.

Es así que, se hace imperativo que los juzgadores tengan en cuenta si realmente es justificado que se tome una medida tan drástica para una empresa como es el bloqueo o inmovilización de sus cuentas bancarias. La misma ley establece que existan razones suficientemente motivadas para tomar esta medida y es muy necesario que así sea, para así disminuir en lo posible, la aplicación de esta medida cautelar que es conocido que genera consecuencias negativas en su aplicación.

4.2 Desde el punto de vista moral

En esta perspectiva, a simple vista no se cuantifica en forma dineraria el daño moral incoado a la empresa por el bloqueo de sus cuentas durante el proceso penal, pero la imagen ante sus clientes, proveedores, competidores y público en general se verá afectada y posiblemente nunca logre recuperar el prestigio que pudiera haber obtenido en el normal desarrollo de sus actividades.

Los consumidores probablemente decidan no hacer negocios con la empresa que fuera investigada. Las personas piensan que una empresa a la cual se ha llegado al extremo de bloquear sus cuentas es porque se habría cometido algún delito que reviste cierto nivel de gravedad y su posterior absolución posiblemente se deba a algún movimiento extrajudicial de contenido ilícito.

Esa es la realidad que podría atravesar la empresa cuando se acabó el proceso judicial con sentencia absolutoria y, pese a levantarse la medida de

bloqueo de su cuenta bancaria, no logra recuperarse del daño producido en su prestigio y buen nombre.

Es por ello que, si no se puede recuperar la imagen, los accionistas optan por abrir una nueva empresa y cambiar de denominación para evitar que sean identificados con la empresa que fue investigada y pese a su absolución, no logró recuperar su reputación.

Esta situación tal vez no sea tan necesaria cuando estamos frente a empresas de pequeñas dimensiones; puesto que, al no tener mucha notoriedad en el mercado, no debería ser muy difícil su reinserción.

A pesar de lo expuesto, estamos ante un panorama incierto donde no se podría conocer con exactitud si la empresa de capitales pequeños no habría sufrido una merma significativa en su reputación.

Actualmente, la buena imagen de una empresa es muy importante tanto para mantener y realizar nuevos negocios como para conservar la fidelidad de sus clientes o captar nuevos.

Las empresas no desean comercializar con otras que tengan una imagen negativa en el mercado debido a malas prácticas empresariales, no llevar a cabo acciones de responsabilidad empresarial o peor aún, si sus accionistas han sido investigados por la comisión de un delito utilizando a la empresa como instrumento para esos fines.

Queda claro entonces la importancia de la imagen y buena reputación empresarial que en el mundo actual le dan las empresas y que desean conservarla no sólo por temas de imagen sino también por supervivencia en su mercado.

5.- Indemnización al inocente

La Constitución política del Estado en el inciso 7° del artículo 139° dispone la indemnización por parte del Estado por los errores judiciales en los procesos penales.

Según la Ley N° 27379³⁰, corresponde indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados a los investigados o procesados cuando se determine que la medida limitativa de derecho impuesta no revestía urgencia o se haya determinado la inocencia.

Esta indemnización deberá darse dentro de los alcances de la Ley N° 24973 – Ley de Indemnización por Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias, la cual inclusive contempla la creación de un Fondo Nacional Indemnizatorio por Errores Judiciales el mismo que la fecha no ha sido ejecutado.

Asimismo, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, en el inciso 5 del artículo I establece que el Estado garantiza la indemnización por errores judiciales.

Tenemos también que el Estado Peruano, al ser parte del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos está obligada a indemnizar por error judicial. Lo mismo ocurre con la adhesión peruana a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 10).

Creemos que el Estado debería poner mayor énfasis en reparar el daño que ocasiona a las personas que son injustamente condenadas, así como lo pone cuando de perseguir el delito se trata, pues no se contempla el daño que produce una medida precautoria extrema o una condena injusta en lo moral, económico, el buen nombre e inclusive en los familiares del injustamente sentenciado.

³⁰ LEY 27379, Artículo 8.- Indemnización: “Los afectados, en caso se determine que las medidas urgentes dictadas con motivo de la aplicación de la presente ley carecieron de fundamento legal o se ejecutaron fuera de los motivos y procedimientos legalmente establecidos, tendrán derecho a una indemnización, bajo los alcances de la ley N° 24973, que será reglamentada por el Poder Ejecutivo en el plazo de 30 días”.

Se asume que el Estado no está interesado en implementar la indemnización al inocente porque son bastante conocidos los numerosos errores que comenten los administradores de justicia en nuestro país, lo cual determinaría en un forado en los fondos públicos.

Pues bien, si vemos las leyes que obligan al Estado a indemnizar por los errores judiciales desde otra óptica, se aprecia que, de aplicarse la norma como se debiera, los jueces serían más cuidadosos, exhaustivos y analíticos al momento de tomar una determinación drástica como condenar o, en el caso materia de esta investigación, determinar preventivamente el bloqueo o inmovilización de las cuentas bancarias de la persona jurídica.

¿Será suficiente una indemnización por un posible daño ocasionado a los representantes de la empresa?, creemos que no; sin embargo, es común que las personas indebidamente afectadas no deseen iniciar acciones indemnizatorias contra el Estado por la creencia que nunca serán recompensadas.

A la fecha, no hemos podido hallar ningún caso en el cual la persona jurídica o natural haya sido indemnizada por el Estado en aplicación de las leyes que la obligan.

Siempre y cuando se implementen y apliquen las leyes indemnizatorias por errores judiciales, debería darse el caso en un futuro cercano de una indemnización al inocente en concordancia con el inciso 5 del artículo I del Nuevo Código Procesal Penal, puesto que este cuerpo legal ya se está aplicando en diversos Distritos Judiciales.

Una indemnización si bien puede ser una forma de reparar el daño, podría no ser suficiente para cubrir el perjuicio económico y moral que sufrió la empresa y del cual tal vez nunca se recupere.

6.- Jurisprudencia

Con relación a la jurisprudencia, si bien no hay una tendencia precisa referida al resarcimiento que se les debería otorgar a los afectados cuando de manera injusta se le bloquean las cuentas bancarias pese a que el artículo 08° de la Ley N° 27379 prescribe una indemnización, al parecer habría una dirección dirigida a intentar resarcir en algo el daño ocasionado tal como se puede apreciar en la resolución del Recurso de Nulidad, expediente N° 001058-2002 de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del 21 de agosto de 2003, en los seguidos por el sentenciado Daniel Zárate Baldeón y la parte civil, contra el auto que absuelve a Owen Aldo de la Cruz Hernández y Luís Armando Alvarado Injante de la acusación fiscal por delito contra la administración pública - usurpación de funciones en agravio del Estado y de la Sociedad Minera Refinería de Zinc Cajamarquilla Sociedad Anónima y que condena a Daniel Zárate Baldeón como autor del delito contra la administración pública - usurpación de funciones - en agravio del Estado y de la Sociedad Minera Refinería de Zinc Cajamarquilla Sociedad Anónima.

Esta resolución Suprema estableció que el monto dispuesto en la sentencia recurrida resulta inferior al daño causado, por cuanto si bien es cierto que se ordenó el embargo de las cuentas bancarias de la empresa agraviada y no se ha acreditado en autos que se haya ejecutado dicho mandato, sin embargo, si se comunicó la orden a las entidades bancarias de Lima, con lo que lógicamente se ha afectado la imagen de la entidad agraviada, debiendo en consecuencia elevarse prudencialmente dicha reparación civil.

Puede apreciarse entonces que se intenta reparar en algo el daño ocasionado por un bloqueo de cuenta bancaria injustamente decretado.

Es decir, si bien no se ha ejecutado la medida del bloqueo de la cuenta, el sólo hecho de comunicar a los bancos la medida ha generado, a criterio de la Corte Suprema, un daño en la imagen y reputación, correspondiendo por tanto elevarse la reparación civil a fin de resarcir el perjuicio ocasionado.

Esta Ejecutoria Suprema³¹ pese a que la parte que intentó ejecutar el embargo de las cuentas bancarias no era una autoridad judicial ni fiscal en la investigación de un delito y ejercicio de sus funciones, guarda coherencia con la debida indemnización que se debe otorgar a quien de forma directa se ve afectado por la medida de inmovilización de sus cuentas bancarias.

Consideramos que esta sentencia recoge el sentir del daño que ocasiona esta medida fuera del ámbito económico, por lo que debe servir de

³¹ Sala Penal Permanente R.N. N° 1058-2002 Lima, veintiuno de agosto de dos mil tres.- Visto el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Daniel Zárate Baldeón y la parte civil, contra la sentencia de fojas mil ciento dieciocho, su fecha trece de diciembre de dos mil uno; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo; y considerando: Primero.- que tanto la comisión del delito así como la responsabilidad del sentenciado se hallan plenamente acreditadas, teniendo en cuenta que con la credencial de fojas novecientos cincuenticuatro, se determina que el procesado Daniel Zárate Baldeón fue alcalde del centro poblado menor de Nicolás de Piérola, comprensión del distrito de San Antonio de Chaclla, Provincia de Huarochirí, Departamento de Lima, cargo que no le faculta cobrar por concepto de tributos, por cuanto conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades vigente a la fecha del evento, concordante con el artículo ocho del Decreto Legislativo setecientos setentiséis, Ley de Tributación Municipal, sólo las municipalidades provinciales y distritales gozan de tales facultades; consecuentemente, su responsabilidad penal respecto a la usurpación de funciones, se encuentra acreditada. con la pericia topográfica emitida en autos; asimismo se ha establecido que las instalaciones de la empresa agraviada se hallan fuera del ámbito territorial del distrito San Antonio de Chaclla, al igual que de la Comunidad Campesina de Jicamarca, y dentro de los linderos del colindante distrito de San Juan de Lurigancho-Chosica, en la Provincia de Lima. segundo.- Que al emitirse la acusación fiscal de fojas novecientos diecisiete, se ha invocado erradamente el artículo trescientos ochenticuatro del Código Penal, en lugar del artículo trescientos ochentitrés del referido Código, error que fue recogido por la sentencia impugnada en su séptimo considerando, al fundamentar la exacción con la tipificación del artículo trescientos ochenticuatro, inclusive se transcribe parte de este artículo que se refiere al delito de colusión, ilícito que no ha sido materia de juzgamiento, por lo que corresponde aclarar este extremo de la recurrida. tercero.- Que, respecto a la reparación civil fijada, se establece que el monto dispuesto en la sentencia recurrida resulta inferior al daño causado, por cuanto si bien es cierto que se ordenó el embargo de las cuentas bancarias de la empresa agraviada y no se ha acreditado en autos que se haya ejecutado dicho mandato, sin embargo, si se comunicó la orden a las entidades bancarias de Lima, con lo que lógicamente se ha afectado la imagen de la entidad agraviada, debiendo en consecuencia elevarse prudencialmente dicha reparación civil; por tales consideraciones: Declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas mil ciento dieciocho, su fecha trece de diciembre de dos mil uno, que absuelve a Owen Aldo de la Cruz Hernández y Luis Armando Alvarado Injante, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - usurpación de funciones - en agravio del Estado y de la Sociedad Minera Refinería de Zinc Cajamarquilla Sociedad Anónima; absolviendo a Daniel Zárate Baldeón, de la acusación fiscal por el delito de concusión-exacción - en agravio de los mismos; y condena a Daniel Zárate Baldeón como autor del delito contra la administración pública - usurpación de funciones - en agravio del Estado y de la Sociedad Minera Refinería de Zinc Cajamarquilla Sociedad Anónima antes referidos, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de tres años, bajo reglas de conducta allí citados; haber nulidad en la propia sentencia, en el extremo que fija en la suma de Cinco Mil Nuevos Soles, el monto de la reparación civil que deberá pagar el condenado a favor de los agraviados; y reformándola, fijaron en Diez Mil Nuevos Soles el monto que por concepto de Reparación Civil deberá pagar el sentenciado a favor de la empresa agraviada, y en Tres Mil Nuevos Soles la Reparación Civil que también deberá pagar a favor del Estado; No haber nulidad en lo demás que contiene; y los devolvieron.

derrotero a las autoridades judiciales y fiscales antes de proceder con la toma de la medida materia del presente análisis.



SECCIÓN III

VALORACIÓN DE DERECHOS ENTRE ESTADO Y PERSONA

Hemos podido apreciar la existencia de un conflicto entre el poder coercitivo del Estado versus los derechos de las personas en el desarrollo y subsistencia de sus empresas, y hasta este momento, se observa que hay un desbalance a favor del Estado

Si bien es muy difícil equilibrar este desnivel, creemos que se pueden implementar medidas que en algo puedan ayudar a la preservación de los derechos de los investigados o procesados.

1.- El desbalance que predomina en la actualidad

No será necesario ser muy analítico para apreciar que efectivamente, tiene preeminencia el afán de persecución del delito más que la presunción de inocencia y esta situación tiene larga data.

A veces los derechos constitucionales deben ser limitados a fin de mantener el orden en la sociedad, imaginemos que, invocando y aplicando la presunción de inocencia al pie de la letra, no sería posible una eficaz persecución del delito y protección a la comunidad, debe establecerse entonces límites a los derechos. Aba Catoira³² dice con relación a esto: "...De hecho, cuando la Constitución delimita el derecho, trazando expresamente sus límites internos, lo hace en previsión de conflictos que se pueden plantear, por

³² ABA CATOIRA, Ana, *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 129.

lo que se trata de evitarlos conteniendo la conformación constitucional de éstos. Sin embargo, si esto es así, también lo es que no todos los conflictos en el ejercicio de los derechos responden a problemas de correcta delimitación de sus contenidos constitucionalmente protegidos pues, en ocasiones, resulta necesario restringir o reducir dicho ámbito, esto es, establecer limitaciones a su ejercicio”.

El problema radica en el qué se puede hacer, no para tratar de revertir la situación, algo utópico por cierto, sino ser un poco más justos.

El derecho a la equidad judicial es un derecho fundamental de la persona, y como tal, debe tener un valor y un respeto supremo, sin embargo, esto no podrá hacerse realidad en tanto no sea debidamente acatado por las autoridades competentes.

En tal sentido, concordamos con lo opinado por Nogueira Alcalá al referirse “Cuando el sistema de derechos esenciales o derechos humanos no ofrece a sus titulares la posibilidad de obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados, no hay un verdadero derecho. Un derecho sólo es tal dentro de un ordenamiento jurídico si es resistente frente a otros poderes. Esta característica de resistencia del derecho adquiere sentido a través de los (sic) diferentes instituciones o instrumentos de protección de los derechos.”³³

Volviendo a nuestro tema, cuando no sólo a una persona jurídica sino también natural, se le embarga una cuenta bancaria como consecuencia de la investigación de un delito, es porque el Estado está utilizando su poder de coerción y como tal, tiene la facultad de sobrepasar por derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho al trabajo, el fomento del ahorro, entre otros.

Tenemos pues que, pese a que la ley de la materia establece que es necesario que para que haya una inmovilización de las cuentas bancarias la existencia de una motivación suficiente y un nexo evidente entre la cuenta bancaria a inmovilizarse y el delito a investigarse, los fiscales y jueces

³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Dogmática Constitucional*. Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, p. 158

excesivamente rígidos en sus funciones pueden optar por determinar esta medida drástica sin tener los elementos de juicio necesarios que justifiquen esta decisión.

Muchas veces, por un extremo celo, el Ministerio Público o el mismo Poder Judicial bloquean cuentas bancarias que muchas veces no tienen una relación evidente con el hecho investigado, cuyos depósitos estaban destinados para su subsistencia o inclusive para el pago de su defensa legal en el hecho bajo sospecha, con lo que conlleva a un soterrado recorte al derecho de defensa al no poder tener la posibilidad de elegir a un abogado de su elección por motivos económicos al haber el Estado cortado la fuente de pago.

Entonces, se puede considerar que un bloqueo de la cuenta bancaria que no esté debidamente motivada transgrede la presunción de inocencia, puesto que, al tratarse de una medida cautelar, habría un adelanto en la determinación final del Juez, teniendo en cuenta que en un proceso penal se aplican supletoriamente los requisitos establecidos en el Código Procesal Civil. Con relación a este tema, Peláez Bardales enfatiza en una casuística en concreto: "Tenemos por ejemplo, el proceso referido al delito de fraude en la administración de persona jurídica, donde se puede apreciar que los jueces conceden con gran liberalidad y en algunos casos con evidente abuso, medidas cautelares, invocando supletoriamente la normatividad procesal civil, referida a la tutela cautelar"³⁴.

Si bien la ley exige para el concesorio de una medida cautelar que el hecho principal invocado sea tan evidente que supone que lo se pide o reclama es bastante creíble; este precepto colisiona con el adelanto de opinión y poco análisis del caso en específico.

En efecto, según Rodríguez Hurtado "no es impropio esperar que en el terreno de las medidas cautelares también se deje ver el rabillo de la crisis, caracterizada por la más persistente ofensa de los derechos fundamentales, tan apreciada por la cultura judicial inquisitiva que tiene aún pendiente la asignatura constitucional y

³⁴ Óp. Cit p.255

que en la práctica se ufana en imponer las medidas coercitivas como condenas anticipadas o adelantos de sanción”³⁵.

Esto nos conlleva por tanto a pensar o intuir que el Fiscal o el Juez están prácticamente convencidos que se ha cometido el ilícito investigado y que las cuentas bancarias de las empresas muy probablemente provengan de fuente ilícita por lo que adelantan la pena a imponerse.

En consecuencia, es muy necesario que se establezcan criterios necesarios y de obligatorio cumplimiento que determinen taxativamente bajo qué circunstancias se deberá aplicar la medida de inmovilización o bloqueo de cuentas bancarias tanto en personas naturales como jurídicas.

Si nos escapamos un poco de nuestro tema, pero que guarda relación con el mismo, está ocurriendo un hecho similar y aún con mayor frecuencia en el ámbito administrativo.

Tenemos que actualmente la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT, pese a que, de acuerdo al artículo 56° del Código Tributario le otorga carácter excepcional a la utilización de las medidas cautelares, aplica el embargo de las cuentas bancarias casi de forma inmediata y sin mediar justificación de por medio.

Por este proceder de la Administración Tributaria, el señor Tza Yap Shum, inversionista de origen chino, presentó una solicitud de arbitraje internacional contra el Estado Peruano ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones -CIADI, con sede en Washington, debido a una presunta violación al Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones al haber la SUNAT, en el año 2004, embargado las cuentas de la empresa por presuntas deudas tributarias.

³⁵ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Medidas Cautelares en el Código Procesal Penal”, En Derecho y Sociedad, Lima, Octubre, 2003, p. 17

El Tribunal del CIADI emitió un Laudo concluyendo que el Estado peruano tomó medidas similares a la expropiación, otorgándole la razón al demandante; sin embargo, esta resolución ha sido impugnada por el Estado Peruano por lo que a la fecha no tiene la calidad de firme cumplimiento, pero que de confirmarse el laudo emitido generaría un precedente interesante en lo que respecta al uso indiscriminado del Estado de la medida de embargo de las cuentas bancarias empresariales ³⁶.

Ante los hechos descritos, es por tanto necesario que el Estado proteja al ciudadano y a la empresa sin dejar de lado la obligación que tiene de investigar y castigar los hechos delictivos que se cometan, aplicando sólo en casos muy extremos y justificados la medida de bloqueo de las cuentas bancarias.

³⁶ El demandante, quien tenía inversión en una empresa peruana denominada TSG Perú SAC, (dedicada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a los mercados asiáticos) argumentó que fue expropiada por el Estado Peruano violando el Convenio de Protección de Inversiones suscrita entre el Estado Peruano y la República Popular China, al haber la SUNAT, como administración encargada de la recaudación de impuestos.

El CIADI le asignó el Caso N° ARB/07/6 a la solicitud de arbitraje internacional presentada por el demandante con fecha 29 de septiembre de 2006.

La demandante argumentó que TSG no invertía ni era propietaria de las embarcaciones pesqueras ni plantas transformadoras que se dedicaban al ejercicio de la industria; sin embargo, una auditoría de la SUNAT concluyó que TSG Perú SAC no había cumplido con su obligación de llevar libros contables, lo que facultaba a la Administración Tributaria a calcular el impuesto a la renta y el Impuesto General a las Ventas no sobre base cierta sino sobre base presunta.

En mérito a este argumento, la SUNAT estableció que TSG Perú SAC tenía una deuda tributaria ascendente a S/. 11'985,791. La SUNAT, a fin de asegurarse el pago de los presuntos impuesto no pagados, impuso medidas cautelares que consistió en la notificación a las entidades del sistema financiero la obligación de retener fondos, acciones y otros valores y entregarlos al Banco de la Nación. Con la ejecución de esta medida, TSG no pudo efectuar pago alguno a través del sistema bancario, recibir fondos, cartas de crédito o amortizar oportunamente sus préstamos.

Mediante Laudo de fecha 05 de julio de 2011, el Tribunal CIADI, consideró que el demandado no justificó adecuadamente el carácter excepcional contemplado en el Código Tributario (art. 56°) por el merecía el demandante ser pasible del embargo de sus cuentas, por lo que determinó que el Estado Peruano tomó medidas similares a la expropiación, violando el artículo 4° del Convenio de Protección de Inversiones suscrita entre la República del Perú y la República Popular China.

2.- ¿Es una solución que el Juez no disponga bajo ninguna circunstancia el bloqueo de las cuentas bancarias?

De lo expuesto hasta este momento, consideramos que si bien hay un desbalance y a su vez una primacía notoria a favor de la persecución del delito sobre la presunción de inocencia, no creemos sin embargo que se deba dejar de aplicar la medida de embargo o bloqueo de las cuentas bancarias siempre y cuando las circunstancias sean muy justificadas.

Estas circunstancias que hagan ineludible la aplicación de la medida podrían ser por ejemplo:

- a) Elementos suficientes que generen convicción que el dinero contenido en la cuenta tiene un origen poco claro, para ello podría tenerse en cuenta: Los depositantes frecuentes, las transferencias que se realizaron, a qué personas fueron dirigidas y con qué frecuencia; la antigüedad de esta (s) cuenta (s) y los motivos por los cuales usualmente se utiliza (n) esa (s) cuenta (s).
- b) Se determine que esa cuenta bancaria, así sea de titularidad o no de la empresa investigada, de sus accionistas o representantes legales esté debidamente relacionada con el hecho investigado, evitando con ello el embargo de cuentas de índole personal que no guarden ninguna relación con el delito imputado.

Creemos que una vez analizada objetivamente estas circunstancias se podrán determinar con mayor exactitud la pertinencia del bloqueo de la cuenta bancaria.

Como podrá apreciarse, si se siguen estos pasos, es posible que los bloqueos de las cuentas bancarias decretadas a las personas jurídicas en los procesos penales recaigan sobre las que verdaderamente merezcan y tengan relación directa con los hechos que son investigados, y se reduzca la incidencia de las autoridades de cometer injusticias en este aspecto.

¿Y por qué no creemos que se deba excluir la posibilidad de bloquear las cuentas? Por una razón muy sencilla: si bien, como se ha podido apreciar del presente trabajo, el Estado estaría inclinado a cometer injusticias debido a la poca rigurosidad en la calificación de la pertinencia de la aplicación de la medida, no es menos cierto también que los infractores de la ley utilizan también el ropaje societario para facilitar la comisión de los ilícitos, como ocurre con mucha frecuencia en las investigaciones por lavado de activos cuyo origen proviene de diversos delitos³⁷, mediante el cual, los criminales crean empresas, abren cuentas bancarias relacionadas con estas empresas, y mediante ellas efectúan actos de transferencia y conversión.

Más aún, a los delincuentes pueden abrir cuentas o crear empresas “off shore” en paraísos fiscales, para intentar ocultar el origen del dinero y evitar dejar rastros sobre su procedencia.

Cabe resaltar que es aún más difícil el bloqueo de la cuenta bancaria creada en un país considerado paraíso fiscal o de “baja o nula incidencia tributaria”, de acuerdo a las leyes de esos países; por ejemplo, en Panamá se encuentran vigentes leyes que resguardan muy efectivamente el secreto bancario, dificultando con ello cualquier investigación relacionada con una cuenta bancaria o una empresa, pese a que este país es miembro del Tratado de Asistencia Legal Mutua, por lo general es complicado que las autoridades panameñas acepten levantar el secreto bancario y poner a disposición del país solicitante la información requerida.³⁸

³⁷ De acuerdo a la Ley N° 27765 – Ley Penal Contra el Lavado de Activos, en su artículo 6°, enumera los delitos donde puede provenir el lavado de activos: tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria, delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales; agregando además que no se requiere que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes u otros se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria.

³⁸ Según Ley N° 18 del 28 de enero de 1959, la República de Panamá dicta disposiciones relacionadas con las cuentas bancarias cifradas, disponiendo que la información de dichas cuentas sólo podrán ser reveladas por los gerentes de los bancos a las autoridades que se encuentren avocadas a la investigación de un delito.

El artículo 74° del Decreto 238° (1970) señala que cualquier información descubierta durante la regulación no puede ser revelada a menos que sea solicitada por una corte de Panamá. Quien

Respecto al bloqueo de cuentas en otros países que no son considerados paraísos fiscales en nuestra legislación³⁹, la admisión de esta medida es posible pero la tramitación más engorrosa debido a la jurisdicción de los jueces de la República del Perú; puesto que, el Juez peruano no tiene facultades fuera de los límites geográficos y por tanto deberá invocar tratados de cooperación internacional para que se haga efectiva la medida a cargo del Juez del país donde proviene la cuenta que se pretende bloquear, la misma que no sólo se deberá regir por los convenios de cooperación

transgrede este artículo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 101° que establece la aplicación de sanciones monetarias, civiles y penales a los que violan lo preceptuado.

El artículo 170° es aún más severo al señalar que *“Cualquier persona en el transcurso de su ocupación, empleo, profesión o actividad obtiene conocimiento de información confidencial que en el caso de hacerse pública podría infligir daños, y dicha persona revela esa información sin el consentimiento de la parte involucrada; o en el caso que dicha revelación de semejante información no sea necesaria para salvaguardar un interés más alto será penado con procesamiento con prisión de 10 meses a 2 años o a una fianza comparable, y la inhabilitación de practicar su ocupación, empleo, profesión o actividad por no más de 2 años.”*

El Decreto Ley N° 9 (1998) crea la Superintendencia de Bancos y hace reformas en el régimen bancario panameño.

Una Corte de Panamá sólo permite el levantamiento del secreto bancario por tres motivos: una severa actividad criminal, por ejemplo terrorismo, lavado de dinero y tráfico ilícito de drogas.

Pese que Panamá es miembro del Tratado de Asistencia Legal Mutua, para que una autoridad panameña decida levantar la privacidad bancaria, se debe cumplir con estos requisitos:

- El hecho investigado debe ser delito en ambos países, excluyendo la evasión fiscal.
- El país solicitante debe acreditar que no existe otro método para obtener esa información y que a falta de esta información no se podrá proseguir exitosamente con la investigación.
- La información requerida debe ser específica.
- El país solicitante debe iniciar un proceso en su Poder Judicial.

En Panamá, la Unidad de Análisis Financiero es la entidad que se encarga de velar para evitar que se utilice el sistema bancario panameño en actividades ilícitas.

³⁹ Anexo incorporado al Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Supremo 122-94-EF) por el artículo 12° del Decreto Supremo 045-2001-Ef del 20 de marzo de 2001, considera a los siguientes países o territorios de baja o nula imposición tributaria, denominados también paraísos fiscales: Alderney, Andorra, Anguila, Antigua y Barbuda, Antillas Neerlandesas, Aruba, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belice, Bermuda, Chipre, Dominica, Guernsey, Gibraltar, Granada, Hong Kong, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Jersey, Labuán, Liberia, Liechtenstein, Luxemburgo, Madeira, Maldivas, Mónaco, Monserrat, Nauru, Niue, Panamá, Samoa Occidental, San Cristóbal y Nevis, San Vicente y las Granadinas, SantaLucía, Seychelles, Tonga y Vanuatu.

internacional, sino también por la normatividad que regula el trámite de la inmovilización de la cuenta bancaria en dicho país.

Entonces, teniendo en consideración el accionar criminal y siguiendo también la tendencia internacional, por ejemplo en Suiza, otrora paraíso fiscal, se aprobó la Ley contra el Blanqueo de Dinero en el Sector Financiero del 10 de octubre de 1997, que entró en vigencia el 01 de abril de 1998, siendo la principal novedad la imposición a las entidades bancarias de denunciar ante las autoridades competentes las actividades de blanqueo de las que tengan conocimiento. Una vez informadas a las autoridades, el intermediario financiero está obligado a bloquear los fondos del cliente durante el plazo de cinco días laborables, si transcurrido el plazo no se ha recibido noticias sobre la decisión de la autoridad competente, se puede revocar el bloqueo

En Sudamérica tenemos por ejemplo que el artículo N° 21 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada de Venezuela (publicada en la Gaceta Oficial N° 5789 el 26 de octubre de 2005) establece que durante el curso de una investigación penal por cualquiera de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, el Fiscal del Ministerio podrá solicitar ante el Juez de control autorización para el bloqueo o inmovilización preventiva de las cuentas bancarias que pertenezcan a alguno de los integrantes de la organización investigada, así como la clausura preventiva de cualquier local, establecimiento, comercio, club, casino, centro nocturno, de espectáculos o de industria vinculada con dicha organización.

Existe una vertiente sin embargo, que considera que la persecución del delito de lavado de dinero o activos ha ido creciendo de forma exagerada a tal punto que actualmente se castiga actos de blanqueo cuya afectación al bien jurídico protegido es nula. Terradillos Basoco⁴⁰ explica que hay una tendencia de convertir lo temporal en permanente, con el costo de recortar garantías penales fundamentales.

⁴⁰ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 24-26.

El tratadista pone como ejemplo el delito de blanqueo de bienes, que tuvo como finalidad desincentivar a las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico, pero que actualmente se ha extendido de tal forma que se considera lavado de activos a las consecuencias económicas de cualquier delito, con lo que se ha obtenido que se sancionen conductas que no afectan el bien jurídico sobre todo cuando se trata por ejemplo de casos de blanqueo de nula rentabilidad, dejando de lado principios fundamentales del derecho penal como el de intervención mínima y el de la *última ratio*.

No se puede dejar mencionar que los preceptos que rigen la medida de bloqueo de las cuentas bancarias durante la investigación de delitos operan tanto en la persona natural como jurídicas.

3.- Situaciones donde sería ineludible determinar la inmovilización

3.1.- **Por el origen del dinero.**- En primer lugar, es inevitable tomar esta medida cuando es evidente que la cuenta bancaria ha sido producto de un ilícito luego de un análisis objetivo y exhaustivo por parte del juzgador; sin importar que posteriormente el titular o el verdadero propietario le dé un uso con fines laborales o empresariales totalmente legales como el pago de planillas a sus trabajadores, el pago a proveedores o la cancelación de deudas con sus acreedores.

3.2.- **Para evitar la desaparición del dinero.**- Si se aprecia que el investigado sospechosamente empieza a hacer retiro de fondos de una cuenta que tiene algún indicio de ilegalidad. La autoridad, invocando el "peligro en la demora", deberá ejecutar la medida antes que estos sean consumidos y luego no quede ningún dinero por embargar, perjudicándose con ello no sólo la futura reparación civil, sino también y por sobre todo la prueba del delito.

3.3.- **Para evitar la desaparición de la prueba.**- Se deberá ejecutar la medida también antes que los representantes legales de la empresa investigada cambien de titulares de las cuentas al aparecer una nueva persona jurídica que intervenga en una escisión patrimonial de la empresa investigada o una fusión por absorción, o que una persona natural o jurídica entable una demanda judicial destinada a embargar la cuenta mantenida bajo sospecha, entorpeciendo con estas maniobras el bloqueo que pretendía llevar a cabo el Juez. En este caso, la autoridad podrá invocar también el “peligro en la demora” debido a la posibilidad de la desaparición de la prueba o *“fumus boni iuris”* cuando exista una certera y evidente atadura del hecho investigado con el imputado.

Estos motivos serían suficientes para que el Juez Penal, haciendo uso de sus facultades, decrete el embargo de las cuentas bancarias a fin de garantizar que no se pierda por el transcurso del tiempo y la inacción una prueba del delito.

Puede verse que, de los requisitos cautelares principales que justifican la determinación de la medida en las circunstancias descritas es el “peligro en la demora”; es decir, lo que se conoce en la doctrina como *“periculum in mora”* provocado por la necesaria duración temporal del proceso de fondo.

En tal sentido, el peligro en la demora constituye un presupuesto para la concesión de toda medida cautelar, y su ausencia determina la falta de interés para obrar del solicitante de la cautela.

En el presente caso de embargo de cuentas bancarias, el peligro en la demora lo constituye la posibilidad de que, durante el lapso que dure la tramitación del proceso principal, los procesados puedan cerrar sus cuentas bancarias y/o trasladar los ingresos dinerarios a terceros, familiares.

Asimismo, la posibilidad de desaparecer las cuentas bancarias – sea mediante transferencias simuladas, escisiones patrimoniales, etc, a un supuesto tercero ajeno a al proceso existente y, de esa manera, burlaría los efectos de la resolución a emitirse.

A su vez, si bien como señalamos que todas las personas requieren de los servicios de una entidad financiera, también es cierto que dichos montos pueden ser fácilmente utilizados en adquirir bienes o servicios. Ello debido al hecho de que el dinero es un bien cuya razón de ser es efectivamente estar en circulación.

Así, los fondos que actualmente podrían encontrarse en las cuentas de los imputados podrán rápidamente dejar de estarlo ya sea para la adquisición de bienes o servicios o para el depósito de los mismos en cuentas de terceros. Estos movimientos son fáciles de realizar y, por su naturaleza, no implican demora alguna.

En consecuencia, y de acuerdo a los argumentos esgrimidos, la retención del dinero existente en las cuentas bancarias de los procesados afrontaría el peligro en la demora de que dichos fondos pudieran ser retirados y dispuestos de tal forma que no se pueda efectuar su recuperación y la consiguiente desaparición de la prueba de un delito, lo que afectaría la efectividad de la sentencia y la satisfacción de persecución del delito.

Existe también la posibilidad que el Juez considere que existen elementos suficientes que vinculan al imputado con el delito, lo que se denomina como "*fumus boni iuris*" (*humo de buen derecho*), entendiéndose este como el aspecto exterior del derecho, invocado en el derecho penal cuando, el hecho investigado adquiere la característica de delito y aparecen fundados elementos de que la persona sometida a investigación tiene responsabilidad en el hecho, con posibilidades que este pudiera ser finalmente condenado por estos hechos.

Por tratarse el *fumus boni iuris* de una apreciación subjetiva por parte del juzgador, este está en obligación de efectuar un análisis exhaustivo y serio con relación a los nexos y conductas investigadas que unen al procesado con el delito incoado.

No podemos dejar de lado la participación del Ministerio Público, quien tiene la facultad de solicitar se ejecute la medida de inmovilización de las cuentas bancarias, esto en mérito no sólo a su rol de titular de la acción penal sino además debe ser el fruto de un análisis que, si bien no se trata de una acusación, debe tomar en cuenta que la solicitud de una medida precautoria implica una cierta convicción que el hecho ha sido cometido en cierta medida por los titulares de las cuentas a bloquear.

En base a lo expuesto, el fiscal deberá solicitar la medida de embargo sólo cuando haya indicios suficientes de la comisión del delito por parte de los futuros afectados con la medida.

Con relación a la convicción que debe tener el Fiscal en sus acusaciones, Roxin explica que el fiscal deberá acusar ante la existencia de sospecha suficiente de un hecho punible y que la doctrina interpreta esto en el sentido que la acusación fiscal deberá darse sólo cuando exista la probabilidad de una sentencia condenatoria por parte del juez⁴¹.

Entonces, queda claro que existen circunstancias que hacen inevitable la ejecución de la medida de inmovilización de la cuenta bancaria de la persona jurídica, lo que justifica el actuar del Estado en concordancia con la potestad de perseguir, investigar y sancionar las conductas delictivas que mediante las herramientas que otorgan las personas jurídicas se pueden cometer.

4.- La obligatoriedad de indemnizar

Como ya se mencionó en este trabajo⁴², existen normas que obligan al Estado a indemnizar cuando se determina finalmente la inocencia del procesado, pero que, como también ya lo mencionamos, lamentablemente el Estado no cumple dichas normas ni está interesado en ejecutarlas.

⁴¹ ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Versión castellana de GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Rubinzan – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, p. 20.

⁴² Ver páginas 40 al 42.

Creemos que tan importante como castigar también lo es el reparar el daño cuando éste se produce por errores muchas veces con consecuencias irreversibles.

El Estado debería realizar todos los medios necesarios para revertir esta situación y hacer los cambios, dictar los reglamentos y tomar las medidas necesarias para indemnizar no sólo a los que fueron injustamente sentenciados, sino también a las personas dueñas o accionistas de empresas que fueron pasibles del embargo de sus cuentas y que por el error cometido se ha ocasionado un perjuicio insalvable que no sólo podría haber conllevado a la extinción de la empresa, sino que también generó un problema social en los trabajadores y proveedores que dependían de él.

Vemos entonces que se trata de un deber moral del Estado el resarcir cuando se equivoca, puesto que la sociedad no sólo le exigirá sanción a los que delinquen sino también reparación y aceptación de responsabilidad cuando comete un error, tal como nos lo exige a todos los ciudadanos económicamente mediante indemnizaciones o pagos de reparaciones civiles cuando nos equivocamos.

Los ciudadanos tenemos derecho a ser resarcidos cuando nos causan un daño, y no sólo por otro ciudadano sino también por el Estado.

Es momento que se haga algo para revertir esta situación injusta y se tomen las medidas pertinentes y la ejecución de las normas legales que ya están en vigencia y las que deberán complementarse para la realización de la indemnización que los afectados tienen derecho.

Como ya se mencionó, la empresa no sólo padece de un daño económico sino también moral por los errores de los magistrados, y un bloqueo de la cuenta bancaria en particular es una medida muy delicada de consecuencias graves para el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial por la importancia que ésta tiene dentro del quehacer de la persona jurídica afectada.

Lo que debe importar también es que esta indemnización se realice cuando corresponda, en el momento oportuno y sin dilaciones, evitando la interposición de procesos indemnizatorios que por sí son injustificadamente prolongados y esto al parecer no ha cambiado con el tiempo. Basta con citar lo expresado por Falla Jara en el año 1992: “Una de las frecuentes críticas que se ha hecho en contra de la Administración de Justicia en nuestro país es la excesiva duración de los procedimientos judiciales. Historias sobre juicios que se prolongan durante décadas o generaciones enteras son comunes en el imaginario popular (...) La literatura, la pintura y más recientemente la fotografía están cargados de episodios en imágenes en donde los procedimientos judiciales son percibidos y representados como interminables”.⁴³

El Estado deberá reconocer sus errores e indemnizar como se debe a los afectados, así la empresa o sus propietarios hayan sufrido un daño irreversible, más aún si esto es así.

5.- Control de los movimientos bancarios

Como se aprecia, estamos ante la necesidad de aplicarse la medida del embargo de las cuentas bancarias en caso existan suficientes elementos que lo justifiquen, pero a su vez somos conscientes que es una medida en sí drástica y como tal tiene consecuencias delicadas para el desarrollo de la empresa.

Asimismo, creemos que esta medida debe ser cuidadosamente analizada antes de su aplicación y, de detectarse que fue un error la orden impartida durante el desarrollo o en la finalización del proceso, los afectados deben ser indemnizados por el Estado.

También es cierto que el desbalance que existe a favor de la actividad punitiva del Estado sobre la presunción de inocencia hacen que sea

⁴³ FALLA JARA, Alejandro. “*La Duración de los Procedimientos Indemnizatorios*”. En *Ius Et Veritas*, año III, N° 04, 1992, p. 74.

necesario buscar un equilibrio que pudiera inclinar en algo la balanza a favor del más débil, en este caso, el investigado o procesado.

Con estos conceptos planteados, nos queda soltar una hipótesis para lograr en algo el objetivo: la aplicación de una vigilancia estricta sobre los ingresos y egresos de los dineros contenidos en las cuentas que están bajo sospecha de la autoridad fiscal o judicial.

¿Qué significa esto? Pues bien, en vez de aplicarse directamente un bloqueo de la cuenta sospechosa, el Ministerio Público y el Juez Penal tendrían una herramienta adicional que consistiría en aplicar una medida que tenga como objetivo el designar una entidad especializada o una persona natural bajo la autoridad y supervisión del Ministerio Público o el Poder Judicial, encargada de hacer un seguimiento estricto sobre los ingresos y egresos de las cuentas sospechosas, bajo la condición que al primer reporte de desvío de dinero a personas inusuales o ajenas al negocio se proceda al bloqueo de la cuenta.

Cierto que si se declara firmemente la culpabilidad del agente, la cuenta pasa bajo control absoluto del Estado, como ocurre actualmente.

Debería aplicarse también la prohibición de transferir la titularidad de la cuenta bajo ninguna circunstancia.

Con esta medida, el Estado podrá tener un rol menos agresivo sobre la empresa sin descuidar la prueba del delito que en este caso es la cuenta bancaria bajo investigación.

Es posible que llevar a cabo esta medida genere un costo adicional en las arcas estatales, pero si se hace un análisis costo beneficio, tal vez el mantenimiento de las empresas, de sus trabajadores, de los trabajadores de sus principales proveedores y la cadena productiva en general, hagan que valga la pena el gasto que conllevaría el aplicar la solución sugerida.

Con nuestra sugerencia, tenemos la intención de evitar que la empresa se vea injustamente afectada y a su vez se mantenga una posible prueba del delito a favor del esclarecimiento de los hechos, puesto que, si la cuenta o cuentas no es o son bloqueadas, la persona jurídica seguirá encaminándose y desenvolviéndose normalmente, evitando con esto un daño colateral hacia personas que no tendrían en principio por qué verse afectadas por las posibles conductas ilícitas que aún son investigadas, ni tampoco podrá verse afectada la propia empresa en sí en su continuidad productiva.

Para llevar a cabo esta medida podría determinarse la designación a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que es una entidad especializada a fin que lleve a cabo esta sugerencia, nombrándose a una persona de esa entidad a fin que se encargue de la vigilancia de la (s) cuenta (s) bancaria (s) que serán sometidas a vigilancia.

Esta persona deberá previamente tener amplia potestad para acceder al secreto bancario de los investigados y así poder obtener una detección certera sobre las cuentas a ser sometidas a control.

Una vez determinas cuáles son las cuentas bancarias que tienen un origen sospechoso o poco claro, se deberá ordenar el control de estas sobre los ingresos y egresos de dinero.

Actualmente, basta que la Unidad de Inteligencia Financiera⁴⁴ determine una cuenta de origen dudoso para que sea reportado al Ministerio Público para que a su vez, y conforme a las atribuciones de la Fiscalía solicite la inmovilización de estas cuentas al Poder Judicial.⁴⁵

⁴⁴ La Unidad de Inteligencia Financiera o UIF fue creada mediante Ley N° 27693, Ley que Crea la Unidad de Inteligencia Financiera con fecha 11 de abril de 2002, tiene a su cargo el análisis, tratamiento y transmisión de información para prevenir y detectar el lavado de dinero o activos (Art. 01).

⁴⁵ El artículo 3°, inciso 4° de la Ley N° 27693 – Ley que Crea la Unidad de Inteligencia Financiera, establece que esta Unidad es responsable de comunicar al Ministerio Público aquellas transacciones que luego de la investigación y análisis respectivos, se presuman que estén vinculadas a actividades de lavado de dinero o de activos para que proceda de acuerdo a ley.

Regresando a nuestro planteamiento, una vez detectadas y determinadas las cuentas a ser vigiladas, el funcionario deberá reportar periódicamente al Ministerio Público o al Poder Judicial sobre los movimientos que se han generado durante dicho periodo, informando sobre los ingresos recibidos, las transferencias, los pagos, egresos y demás movimientos bancarios importantes.

Creemos que se deberá notificar a los afectados con la medida de la decisión de vigilar sus cuentas de ser el caso, puesto que con esta advertencia, es poco probable que deseen volver a utilizar la cuenta como herramienta para sus ilícitos y, si fue así, una vez decretada su responsabilidad el dinero le será retirado de su titularidad para pasar a favor del Estado.

Con esta notificación al investigado o procesado, se evitará el duro e inevitable golpe a las finanzas que genera el bloqueo intempestivo de una cuenta bancaria en la empresa. Además, se obtendrá un beneficio a favor de los trabajadores y otros terceros que no deben perjudicarse con la investigación, al mantenerse la empresa en normal desenvolvimiento de su actividad empresarial en sus flujos de caja sin perjudicarlos mientras dure el proceso penal en ciernes.

Se le deberá advertir al investigado que, de detectarse un movimiento sospechoso o inusual, se procederá a su inmovilización inmediata, sin perjuicio de ordenarse la restitución del dinero que fuera indebidamente removido por el investigado durante esta etapa de control.

Se tendrá que ordenar al banco donde se encuentra depositado el dinero que no permita bajo ninguna circunstancia cualquier egreso de la cuenta mayor al 30% del monto total depositado, bajo responsabilidad.

Consideramos que nuestra sugerencia sólo debe aplicarse a las personas jurídicas puesto que en las personas naturales los daños a personas ajenas al investigado son menores y no habría un costo social tan grande como el ocasionado por las pérdidas o extinción de las empresas.

Definitivamente esta sugerencia no va a equilibrar la balanza totalmente entre las partes en conflicto; es decir, Estado y procesados o investigados, sino que tiene como objetivo el aplicar en la realidad los derechos que tenemos los ciudadanos a la presunción de inocencia y la libertad de trabajo sin restarle la potestad persecuidora ni punitiva del delito por parte del Estado, y también en menguar en algo las consecuencias en el desenvolvimiento de la actividad de la empresa cuando la autoridad dispone la medida de inmovilización de sus cuentas bancarias como resultado de la investigación de un delito sobre los trabajadores, proveedores y acreedores de la empresa cuyos representantes o miembros están siendo investigados o procesados.

La aplicación de esta sugerencia no enerva en lo absoluto la necesidad que tiene el Estado de corregir lo referente a la indemnización al procesado por los errores judiciales cometidos y las medidas cautelares que ocasionaron el daño, puesto que esta indemnización es, como ya lo mencionamos, una obligación del Estado y un derecho de los ciudadanos afectados, y no solo guarda relación con nuestro tema, sino también con cualquier delito donde se haya afectado no solo derechos reales sino también personales.

Creemos finalmente que, si tomamos en cuenta la sugerencia planteada o cualquier otra que obtenga un resultado eficaz conducente a reducir el desequilibrio existente entre Estado y procesado, y en particular con menguar las consecuencias negativas que genera la medida de bloqueo o inmovilización de la cuenta bancaria en la actividad empresarial de los sujetos sometidos a proceso penal, se habrá obtenido algo de justicia en el desarrollo de un proceso penal y se estará demostrando la intención del Estado de someter a sus ciudadanos dentro de un debido proceso.

CONCLUSIONES

1. El bloqueo o inmovilización de cuentas bancarias es una medida cautelar real dictada por la autoridad jurisdiccional para preservar el cuerpo del delito y retener las ganancias del mismo.
2. La Ley N° 27379 – Ley de Procedimiento para Adoptar Medidas Excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares sólo tiene circunscripción en dicha etapa, otorgando al Fiscal solicitar al Juez Penal la imposición de medidas limitativas de derechos entre las que se encuentra el bloqueo de cuentas bancarias. El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004) establece que el Juez puede proceder a la inmovilización de las cuentas tanto de titularidad del procesado o de terceros. Para la determinación de la medida se requiere necesariamente la motivación suficiente y la pertinencia.
3. La autoridad comúnmente toma la decisión de embargar con fines de persecución del delito y por el peligro en la demora; es decir, invocar la urgencia de decretar la medida para evitar un daño irreparable ocasionado por el tiempo en que transcurrirá la investigación del hecho, evitando su desaparición.
4. Cuando se embarga una cuenta bancaria empresarial sospechosa de tener un origen ilícito, pero que fue utilizada para el pago de las obligaciones propias del negocio, los principales perjudicados son los trabajadores, proveedores y acreedores, quienes se verán

indefectiblemente afectados en forma directa por la determinación de esta medida.

5. Cuando se aplica arbitrariamente la inmovilización de las cuentas bancarias empresariales se están vulnerando derechos constitucionales protegidos como la igualdad ante la ley, el debido proceso, el derecho de propiedad, la garantía y fomento del ahorro, la presunción de inocencia y la libertad de trabajo.
6. Al existir un conflicto entre el poder coercitivo del Estado y los derechos de las personas en la subsistencia de sus empresas, donde prevalece el interés del Estado de perseguir el delito y preservar la prueba sin importar otras circunstancias, vemos entonces que al determinar la autoridad la medida de bloqueo de las cuentas bancarias en las empresas investigadas, no se está tomando en cuenta las consecuencias que esta medida acarrea en las personas jurídicas.
7. El juzgador deberá tener en cuenta al momento de determinar el bloqueo o inmovilización de las cuentas bancarias contra la empresa que la Ley exige que esta medida sea utilizada sólo en casos extremos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABA CATOIRA, Ana. *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
2. ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría General de las Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.
3. ARMANDO RIVAS, Adolfo. *Las Medidas Cautelares en el Derecho Peruano*, Jurista Editores, Lima, 2005.
4. AZAUSTRE FERNÁNDEZ, María José. *El Secreto Bancario*, Editorial J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.
5. CARO CORIA, Dino Carlos, "La Responsabilidad de la Propia Persona Jurídica en el Derecho Penal Peruano e Iberoamericano", en *Revista de Derecho – PUCP*, N° 51, 2001.
6. DÍAZ, Clemente Aníbal. *El Cuerpo del Delito*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1987.
7. ESPINOSA SALDAÑA- BARRERA, *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*, Ara Editores, Lima, 2003.
8. FALLA JARA, Alejandro. "La Duración de los Procedimientos Indemnizatorios". En *Ius Et Veritas*, año III, N° 04, 1992.

9. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y GUERRERO LÓPEZ, Susana Ivonne. *Consecuencias Accesorias del Delito y Medidas Cautelares Reales en el Proceso Penal*, Jurista Editores, Lima, 2009.
10. MORALES MONROY, Mario Antonio. *Incumplimiento de los Plazos en la Etapa Preparatoria del Proceso Penal*. En <
<http://es.scribd.com/doc/7469430/Incumplimiento-de-los-Plazos-en-la-Etapa-Preparatoria-del-Proceso-Penal>> (consulta: 27 de octubre de 2011).
11. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Red Ius Et Praxis, Santiago de Chile, 2006.
12. ORE GUARDIA, Arsenio y LOZA AVALOS, Giulliana. *Las Medidas Cautelares Personales en el Proceso Penal Peruano*, Editorial Reforma, Lima, 2011.
13. PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El Proceso Cautelar*, Segunda Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.
14. PÉREZ LÓPEZ, Jorge A y SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. *Criminología De la Concepción Positivista a La Perspectiva Crítica*, Editorial San Marcos, Lima, 2009.
15. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad Organizada*, Idemsa, Lima, 2006.
16. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. "Medidas Cautelares en el Código Procesal Penal", en *Derecho y Sociedad*, Lima, Octubre 2003.
17. ROXIN, Claus. *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Versión castellana de GUERRERO PERALTA, Óscar Julián, Rubinzan – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.

18. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
19. SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Constitucionalidad y Aplicación Judicial en el Nuevo Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas San Bernardo, Lima, 2011.
20. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, Tomo I, Lima, 1999.
21. SAN MARTÍN CASTRO, César. "La Tutela Cautelar de las Consecuencias Jurídicas Económicas del Delito", En: *Ius Et Veritas*, Año 13, N° 25, Lima, Noviembre, 2002.
22. TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Cuestiones Actuales de Derecho Penal Económico y la Empresa*, Ara Editores, Lima, 2010.
23. TORRE MUÑOZ, Sonia Bienvenida, *El Levantamiento del Velo Societario*, Grijley, Lima, 2003.