

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ADECUAR LA LEY DE EXTINCIÓN
DE DOMINIO AL PROCESO PENAL ORDINARIO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: DIANA CAMILA AGUILAR CASTAÑEDA

Asesor:

M.Cs. RICARDO SÁENZ PASCUAL

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
DIANA CAMILA AGUILAR CASTAÑEDA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ADECUAR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO AL PROCESO PENAL ORDINARIO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: DIANA CAMILA AGUILAR CASTAÑEDA

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Ricardo Sáenz Pascual
Asesor

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 050-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las *18:20*... horas, del día 05 de julio de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. RICARDO SAÉNZ PASCUAL**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ADECUAR LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO AL PROCESO PENAL ORDINARIO”**, presentada por la Bachiller en Derecho **AGUILAR CASTAÑEDA, DIANA CAMILA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... *Aprobada*... con la calificación de *Distintivo (17) Excelente*... la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bachiller en Derecho AGUILAR CASTAÑEDA, DIANA CAMILA**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA**.

Siendo las *19:40*... horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Ricardo Saénz Pascual
Asesor


.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Jurado Evaluador


.....
Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador


.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Dedicatoria

A mi madre María Lucila Abanto Dávila, por su apoyo incondicional sin importar el tiempo ni las circunstancias.

Agradecimiento

Quiero agradecer profundamente a mi asesor de tesis, el Dr Ricardo Sáenz,

Por el incondicional apoyo académico, que me permitió

Perfilar el tema de investigación y continuar con su desarrollo.

Por último, quiero agradecer al Dr. Alcides Mendoza Coba,

Por su dedicación académica, paciencia, motivación,

Ya que sin ello, hubiese sido complicado realizar

Y concluir la presente investigación

Epígrafe

Nos batimos más por nuestros intereses
que por nuestros derechos.

Napoleón I

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria.....	v
Agradecimiento	vi
Epígrafe	vii
Tabla de contenido.....	viii
Lista de abreviaciones	xi
Resumen	xii
Abstract.....	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema	15
1.1.3. Formulación del problema	15
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.3. OBJETIVOS.....	17
1.3.1. General.....	17
1.3.2. Específicos	17
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES	18
1.4.1. Delimitación	18
1.4.2. Limitaciones	18
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS	18
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue.....	18
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación	19

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	20
1.6. HIPÓTESIS	20
1.7. MÉTODOS	21
1.7.1. Genéricos	21
1.7.2. Propios del Derecho	21
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	23
1.8.1. Técnicas	23
1.8.2. Instrumentos	24
1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	24
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN	24
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	26
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO	26
2.1.1. Positivismo Jurídico	26
2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS	39
2.2.1. Extinción de Dominio	39
2.2.2. Proceso Penal Ordinario	46
2.2.3. El Decomiso en el delito de Lavado de Activos	50
2.2.4. Estado Constitucional de Derecho	50
2.2.5. Derecho a la Propiedad	53
2.2.6. Derecho al Debido Proceso	62
2.2.7. Derecho a la Presunción de Inocencia	66
2.3. NORMATIVOS	68
2.3.1. Constitución Política del Perú	68
2.3.2. Código Penal	69
2.3.3. Código Procesal Penal	70

2.3.4. Ley de Extinción de Dominio	70
2.3.5. Legislación sobre el Lavado de Activos.....	71
CAPÍTULO III	72
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	72
3.1. Resultados	73
3.2. Contrastación de la hipótesis	75
3.2.1. Doble regulación en cuanto a los efectos del comiso de los bienes ganancias o efectos del delito.....	75
3.2.2. Transgresión del derecho al debido proceso.....	79
3.2.3. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	84
3.2.4. El derecho el derecho a la propiedad	89
CONCLUSIONES	95
RECOMENDACIONES	104
LISTA DE REFERENCIAS	105

Lista de abreviaciones

C. P. Código Penal

C.P.P Constitución Política del Perú

D.S. Decreto Supremo

D.L. Decreto Legislativo

N. Número

PRONABI. Programa Nacional de Bienes Incautados

Resumen

En el presente trabajo se investigó acerca de la doble regulación que existe en Perú respecto al decomiso de las ganancias, efectos o bienes provenientes del delito, tanto en el derecho penal ordinario, como en el Decreto Legislativo N 1373, ley que regula el proceso de Extinción de Dominio; además, se investigó e individualizó los derechos vulnerados por dicha ley; entre ellos, lesión al derecho a la propiedad, a la presunción de inocencia y al debido proceso en su variante del contradictorio.

Para realizar la tesis se recurrió al análisis de la Ley de Extinción de Dominio y a los artículos pertinentes de la Constitución Política del Perú, así mismo a las del Código Penal y Procesal Penal, así como también al desarrollo doctrinario, teórico y filosófico sobre las instituciones jurídicas y los derechos mencionados en el párrafo precedentes, utilizando para el ello, los métodos específicos del derecho, como el dogmático y el hermenéutico, y como método general, el razonamiento deductivo.

Palabras clave: Debido proceso, derecho a la defensa, derecho a la propiedad, pérdida de dominio, razón de ser la norma, garantismo, validez jurídica y proceso de pérdida de dominio.

Abstract

In the present work, it was investigated about the double regulation that exists in Peru, regarding the confiscation of the proceeds, effects or property derived from the crime, both in ordinary criminal law, and in Legislative Decree N 1373, law that regulates the Domain Extinction process, in addition to this, the rights violated by said law were investigated and individualized, among them is the injury to the right to property, the presumption of innocence and due process in its variant of the contradictory.

To carry out the thesis, the analysis of the Domain Extinction Law, the pertinent articles of the Political Constitution of Peru, the Penal Code and Criminal Procedure, as well as the doctrinal, theoretical and philosophical development on legal institutions were used. and the rights mentioned in the preceding paragraph, using the specific methods of law, such as dogmatic and hermeneutical, and as a general method, deductive reasoning.

Key words: Due process, right to defense, right to property, loss of ownership, reason for being the norm, guarantee, legal validity and process of loss of ownership.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como finalidad establecer la doble regulación en cuanto al decomiso de los bienes y ganancias provenientes de actividades ilícitas, así como identificar los derechos vulnerados por la Ley de Extinción de Dominio en el Perú, ello surgió en base a las críticas formuladas por los juristas de otros países en contra de la institucionalidad y la supuesta autonomía de la Extinción de Dominio, como es en el caso de Colombia y México, países que, pese a los denodados esfuerzos contra el crimen organizado, especialmente con el narcotráfico, no logran erradicarlo por completo, y decidieron promulgar la figura de la extinción de dominio, como una medida para combatir el crimen organizado, no contra sus líderes, sino atacando en este caso decomisando los bienes o las ganancias que fueron producto del delito; sin embargo, en esta desmedida lucha contra la delincuencia los Estados, desconocieron y soslayaron algunos derechos fundamentales, que por ley deberían proteger, tal es el caso del derecho a la propiedad, derecho a presunción de inocencia y hasta el derecho al debido proceso.

En virtud a ello, en el presente trabajo, se ha creído conveniente indagar sobre la verdadera naturaleza de la extinción de dominio, y también averiguar si es que en realidad ya se encuentra regulada en el proceso penal ordinario, o si esta medida debería adecuarse al proceso penal, porque en él se considera al decomiso como una parte accesoria del delito, y solo se podría decomisar y disponer de los bienes decomisados cuando se demuestre que en el proceso penal existió la participación

de su titular en actividades delictivas con actitud para generar ganancias económicas ilícitas, como en el caso del narco tráfico, robo, extorsión, hurtos, minería ilegal, trata de personas, lavado de activos, enriquecimiento ilícito, entre otros.

En virtud a lo antes mencionado el trabajo ha sido estructurado de la siguiente manera: en el primer capítulo se desarrolla todo lo concerniente, la parte metodológica, además se contextualiza la problemática, la formulación del mismo, incluyendo la elaboración de la hipótesis y los objetivos. En el capítulo II se analizó todas bases teóricas y filosóficas que justifican el derecho a la propiedad, el derecho a la presunción de inocencia y al debido proceso; asimismo, se hace un recuento histórico de la figura de extinción de dominio en Latinoamérica, recolectando también algunas de las críticas, formuladas por los estudios del derecho en dichos países. Por último, en el capítulo III de la presente investigación se desarrolla la contrastación de hipótesis, sobre la doble regulación del decomiso de los bienes o ganancias provenientes del delito, y los derechos vulnerados por la de Extinción de Dominio en el Perú. Finalmente, en el capítulo IV se redactó una propuesta legislativa para adecuar la figura de extinción de dominio al proceso penal ordinario.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

Actualmente el país, se encuentra azotado por grandes problemas como el analfabetismo, falta de empleo, la informalidad, alto índice de desnutrición sobre todo en zonas rurales, etc., y si bien el Estado se encuentra implementando y promoviendo ciertos programas para combatirlos, todavía se perciben dificultades latentes en la sociedad peruana.

Sin perjuicio de ello, existe dos problemas que en las últimas décadas han ido lacerando cada vez más al país, y atentando desmedidamente contra la sociedad y contra del Estado mismo, según la última encuesta realizada por el Instituto de Estudios Peruanos (IEP, 2019) el 68% de los peruanos consideran a la corrupción como el principal problema del país, el segundo lugar lo ocupa la delincuencia con un 38%, en ese sentido, también es alto el índice de víctimas producto de la delincuencia, tan es así que, de cada 10 personas, 3 han sido víctimas de delitos comunes como robos o hurtos, según la encuesta Nacional de Programas Estratégicos (ENAPRES, 2014); en la delincuencia común se

encuentran los delitos anteriormente mencionados tales como robos y hurtos, estas actividades delictivas por lo general no cuentan con una estructura u algún orden, más bien son delincuentes al paso, que actúan despojando a las víctimas de sus bienes según se preste la situación para consumir estos delitos, a diferencia de las organizaciones criminales que también tienen como finalidad la comisión de delitos, pero lo hacen de una manera organizada, las actividades delictivas que comete la criminalidad organizada, son de mayor envergadura: como las extorsiones, el narcotráfico, robos en joyerías o negocios grandes, donde los montos robados son mucho más altos. “Frente a la criminalidad organizada, la delincuencia común se muestra más artesanal y menos estructurada (Hernández, 2016, p. 2)”. Vale recalcar que, en algunos casos los delincuentes comunes suelen agruparse para constituir actividades criminales y de esta forma perfeccionar sus actividades ilícitas, con el propósito de generar ganancias económicas ilegales.

Según la investigación de Indicador de presencia de la criminalidad organizada en el Perú, durante el año 2017 realizada por López, Arias, García y Osorio (2017), los delitos con capacidad para generar mayores ganancias ilícitas son:

En primer lugar el Tráfico Ilícito de Drogas, considerado como un delito transnacional según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC,2010) se estima que anualmente el

negocio de las drogas obtiene un promedio de 320.000 millones de dólares; en el Perú las distintas modalidades de tráfico ilícito de Drogas se encuentra regulado desde el Art 296 hasta el artículo 301 del Código Penal, según el mismo cuerpo normativo las sustancias ilícitas serán decomisadas y destruidas en cuanto no resulte posible su utilidad, respecto a las ganancias producto del narcotráfico, se suelen tratar de introducir a la economía, tratando de darles una apariencia lícita; es entonces cuando se configura otro delito tipificado como el Lavado de Activos, el cual también se encuentra regulado en el DL N. 1106.

La segunda actividad con capacidad para generar ganancias ilícitas es el tráfico de terrenos, consiste en vender el mismo predio varias veces, también se presenta con la posesión y apropiación de grandes extensiones de terrenos pertenecientes al Estado o a particulares para luego venderlos de manera ilícita (López et al., 2010), dicha actividad es altamente lucrativa sin embargo no se encuentra regulada como delito en el Código Penal, sin perjuicio de ello los agraviados pueden denunciar a los traficantes de terrenos, por el delito de estafa, usurpación o estelionato, dependiendo de las circunstancias en que se cometa el delito; vale precisar que también se pueden tomar acciones desde el ámbito civil, con el mejor derecho de propiedad entre otros. Es así que, si bien el tráfico de terrenos no se encuentra regulado como delito, el ordenamiento jurídico tampoco

es ajeno a este tipo de conductas, ofreciendo por ello otros mecanismos para defender el patrimonio de los agraviados.

Continuando con el listado, se encuentra la trata de personas, considerado también como un delito transnacional, según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2010), las víctimas de este delito son destinadas para la explotación sexual y laboral, en cuanto a las ganancias provenientes de la trata se estima que anualmente los tratantes de personas tienen un promedio de 32 millones por año. En el Perú la trata de personas es considerada como delito y se encuentra tipificada en el Art. 153, y de manera más específica se encuentra desarrollado en la Ley N. 28950.

A nivel nacional, el cuarto delito que genera ganancias ilícitas es el Tráfico de Armas, este delito funciona como antecedente para la comisión de otros delitos, como robos, extorciones, trata de personas, narcotráfico; y cualquier otro que requiera coacción, violencia e intimidación para su consumación, intimidación que en su mayoría se realiza con armas de fuego. En cuanto a la regulación el tráfico de armas se encuentra tipificado en el Art. 279 del Código Penal. En el Perú existe la Super Intendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad Armas Municiones y Explosivos de Uso Civil, institución administrativa que, se encarga de administrar, fiscalizar, incautar y normar todo lo concerniente al uso de armas por civiles

(SUCAMEC, 2014).

En quinto lugar, se encuentra el delito de contrabando “Entendido como el comercio ilícito que traslada mercancías de menor valor de un país a otro, eludiendo los controles policiales y aduaneros con la finalidad de obtener beneficios económicos en perjuicio del erario nacional” (López et al., 2010, p. 13). Respecto a la legislación este delito se encuentra regulado en la Ley N. 28008; el órgano encargado de velar y fiscalizar su cumplimiento es la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración, también están facultados para incautar las mercancías que no cuenten con los permisos o exigencias previstas por la ley y en caso de que tengan conocimiento o presuman sobre la comisión de delitos deberán poner en aviso a la fiscalía para que los responsables a sean procesados penalmente.

El otro delito con que genera grandes ingresos económicos, es el delito de tráfico de fauna y flora silvestre, según el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre (SERFOR, 2017), es uno de los negocios ilícitos más importante del mundo, pero a la vez constituye una grave amenaza para la biodiversidad, dicha conducta también se encuentra tipificada como delito en el Art. 308 del Código Penal.

La Minería ilegal, es una actividad calificada como delito en el Art. 307 – A, del Código Penal, además también está incorporado en la

Ley de Crimen Organizado, Ley N. 30077, dicha actividad ha ido incrementando en los últimos años por las desorbitantes ingresos que produce, en consecuencia según el Ministerio de Ambiente (MINAN, 2016) los procesos penales a escala nacional hasta el 2016 fueron 1421; las personas sentenciadas por este delito fueron 190, los departamentos en los que se presentan estos delitos son: Madre de Dios, Cusco, La Libertad y Cajamarca.

Por último, se encuentran los delitos de extorción y sicariato, son considerados como delitos extremadamente violentos, el Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad (ICFS, 2013, p.13) considera a las extorsiones como “una de las herramientas más efectivas de las organizaciones criminales para la acumulación de fuentes de financiación e infiltración de la economía legal”.

Todas las actividades delictivas antes descritas tienen la capacidad para generar ganancias ilícitas por montos exorbitantes, sin embargo, dichos ingresos siguen siendo de procedencia ilícita y el ordenamiento jurídico no ampara, ni concibe al delito como un medio para generar riqueza lícita, por tal motivo los delincuentes buscan introducir el dinero ilícito dentro de la economía regular del país, este proceso de blanqueo de dinero también configura otro delito conocido como lavado de activos, el cual se encuentra regulado por el DL. N. 1106, posteriormente modificado por el DL. N. 1249, respecto al decomiso de los bienes producto del lavado de activos el

Art. 9 del DL. 1106 menciona que, en todos los casos el juez ordenará el decomiso de los bienes efectos o ganancias conforme a lo previsto por la ley penal.

Otro problema que generan las organizaciones criminales, es que, en ocasiones los delincuentes intenten sobornar a las autoridades, ya sean administrativas, fiscales o judiciales con la finalidad de evitar las sanciones que les corresponden o para que omitan el cumplimiento de sus funciones fiscalizadoras, generando así la comisión de otro delito, mayormente conocido como corrupción de funcionarios o cohecho, este delito implica la entrega de un soborno a algún funcionario público con la finalidad de obtener una ventaja o un favor por parte de la autoridad, ya sea acción o inacción, situación que muchas veces genera impunidad. Este supuesto se encuentra regulado en el Código Penal desde el Art. 393 hasta el Art. 398. El cohecho en sus diversas modalidades junto con los delitos anteriormente descritos, también tiene la capacidad de generar activos ilegales, y con el afán de reprimir el incremento patrimonial injustificado o ilícito (según sea el caso) de los funcionarios y servidores públicos, el Estado ha previsto políticas criminales represivas mediante la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, Art. 401 del Código Penal: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos ilegítimos (...);” siendo la *ratio legis* del precepto penal:

prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo portan desde cualquier posición administrativa.

Respecto al destino de los bienes o dinero de procedencia ilícita, el precitado cuerpo normativo, en su artículo 401 literal A y B, prescribe que todas estas dádivas o activos serán decomisadas y los bienes que se incauten durante la investigación, serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia, quién los asignará para servicio oficial al Poder Judicial o al Ministerio Público.

El problema de la corrupción es tan grande en el país, que según el Contralor de la República (Shack, 2019) se pierde aproximadamente 17 millones de soles al año por la corrupción, otro indicador de corrupción, es la situación de los ex presidentes en el Perú, entre ellos: Alberto Fujimori y los cuatro ex presidentes: Alan García Pérez, Alejandro Toledo, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski, investigados haber recibido dádivas de empresas constructoras, para ganar la adjudicación de diversas obras a nivel nacional; además de ello, está lo relacionado con el ex magistrado supremo César Hinostroza Pariachi, y la organización criminal de los Cuellos Blancos del Puerto; a raíz de estos acontecimientos, la población peruana considera que la corrupción se encuentra presente en diversas entidades estatales, tan es así, que según el último índice de Percepción de la Corrupción (IPC, 2018) elaborado por

Transparencia Internacional, el Perú mantiene un elevado índice de percepción de corrupción, ubicándose en el puesto 105 de 180 naciones con este problema. La corrupción de funcionarios es uno de los delitos que cuentan con mayor reprochabilidad debido a la afectación que trasciende al Estado y a los derechos de las personas como la educación la salud, el desarrollo del país y la reducción de la pobreza, contra el orden socio-económico, etc.

La comisión de los delitos antes mencionados genera consecuencias en cadena, por ello los efectos de los patrimonios criminales según manifiesta Peña (2009) son la “Multiplicación de la cadena delictiva, corrupción generalizada, impunidad y lavado de activos” (p.5).

Sin perjuicio de ello, es importante rescatar que el Estado también ha ido persiguiendo este delito, pues según la publicación del portal web de la Defensoría del Pueblo (DP, 2014), la población penitenciara por delitos de corrupción ha ido aumentando progresivamente desde el año 2014.

Otro punto importante para combatir al crimen organizado y a la corrupción, es atacar a las ganancias obtenidas por la comisión de estos delitos, mediante el decomiso de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, bajo el fundamento siguiente: “El detentador de los bienes, no tiene titularidad alguna sobre los mismos, por el contrario se encuentra en una situación de ilicitud, en consecuencia

el Estado procederá con el decomiso, tomando posesión o asumiendo la titularidad de los mismos” (Manchego, 2018, p. 20).

La figura de incautación del objeto del delito, bienes o ganancias ilícitas, ya ha sido establecida desde el Art. 316 al Art. 320 del Código Procesal Penal, tan es así que, el Art 318 describe el estricto procedimiento que deberán seguir los bienes incautados, para evitar confusiones, primero se procederá con la individualización y registro exacto del bien, se deberá inscribir en registros públicos en caso de bienes para luego tomarlos en custodia, en el supuesto que una persona distinta al imputado alegue derecho de propiedad sobre el bien incautado se otorga la comparecencia al proceso para que participe de la incautación, y en caso de que el bien incautado no perjudique o peligre los fines de aseguramiento, se optará devolver el bien afectado a cambio de un depósito de su valor e incluso podrá ser entregado provisionalmente al investigado condicionado a una revisión continua del bien.

En el mismo sentido, el Art. 102 del Código Penal prescribe como consecuencias accesorias del delito, el decomiso de los bienes provenientes del mismo; facultado al juez para decomisar: tanto los instrumentos con que se hubiesen ejecutado el delito, como los efectos o ganancias del delito aun cuando estos se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita.

Vale precisar que actualmente la institución que se encarga de recibir, administrar, y custodiar los bienes efectos o ganancias decomisadas es el Programa Nacional de Bienes Incautados, en adelante PRONABI creado con el Decreto Supremo N. 011-2017 teniendo como objetivo, el de asegurar la ejecución de la consecuencia jurídico – patrimonial declarada por el juez a beneficio del Estado (PRONABI, 2019).

Hasta el momento se puede verificar que, el Estado regula todo lo concerniente a la incautación y decomiso de bienes o ganancias provenientes del delito dentro del proceso penal ordinario a fin de atacar directamente la razón de ser del accionar delictivo en las organizaciones criminales y el enriquecimiento de algunos funcionarios públicos; sin embargo, el Estado en su desmedida lucha contra la corrupción y las organizaciones criminales ha implementado otra figura, con las mismas características, misma finalidad y misma naturaleza, que vendría a ser el proceso de Pérdida de Dominio.

Este proceso a nivel de Latino América tiene su origen en Colombia, justamente por la ola de narcotráfico que sufre desde hace años, se implementó el proceso de Pérdida de Dominio, con la finalidad de atacar y combatir el crimen organizado, despojándolos de las ganancias económicas y de los bienes producto del ejercicio de estas actividades ilícitas.

Posteriormente a la promulgación de esta ley, se formularon varias críticas siendo de las más fuertes, que este proceso atenta contra el derecho fundamental de la propiedad y también con derecho de presunción de inocencia, frente a estas observaciones insalvables, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció diciendo: que la propiedad es un derecho fundamental y que la presunción de inocencia es aplicable para el derecho penal, pero no para la Pérdida de dominio, pues tiene carácter autónomo.

Ahora bien, en lo concerniente al Perú, la figura de Extinción de Dominio también tiene la finalidad de combatir la criminalidad organizada y afianzar la lucha contra la corrupción, siendo una de las razones principales las escasas condenas por los delitos de lavado de activos o enriquecimiento ilícito, puesto que anteriormente se condenaba por lavado de activos siempre y cuando este acreditado el delito fuente y mientras no haya condena firme no se podía decomisar los activos de origen ilegal, sin embargo se omite considerar el I Pleno Casatorio de Lavado de Activos, celebrado el año 2017 en la ciudad de Lima, en cual se establece como postura mayoritaria que para acreditar el lavado de activos no se necesita probar el delito fuente, esta postura contribuye y facilita en gran medida las sanciones por los mencionados delitos, y con ello también aumenta el número de bienes decomisados provenientes de ganancias ilícitas, pese a ello el 2018 se promulgó la legislación de

Extinción de Dominio, mediante Decreto Legislativo N.1373, conceptualizando a la extinción de dominio como una: “Consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, efectos o ganancias de actividades ilícitas”.

Entonces, si el Estado ya regula lo concerniente al decomiso e incautación de los bienes o ganancias ilícitas en el Código Penal, cabe preguntarse si es razonable que el mismo Estado promulgue otra ley (en este caso Ley de Pérdida de Dominio) que en el fondo regula lo mismo.

A parte de ello, tampoco es justificable adoptar una medida de política criminal populista como es la extinción de dominio, solo para que la población perciba que el Estado está tomando acciones contra el crimen organizado y en cierta medida la corrupción; sin analizar los derechos que vulnera dicha ley, tan solo por citar algunos: el plazo de la investigación es demasiado largo, específicamente 12 meses, prorrogable por 12 meses más en casos complejos, precisando que la investigación deberá ser reservada, además la fiscalía tiene la facultad de solicitar el levantamiento del secreto bancario, del secreto a las comunicaciones, reserva tributaria y cualquier otra medida que resulte necesaria para continuar con la investigación, mientras todo esto se desarrolla, el procesado no tiene el derecho de conocer las investigaciones en su contra y mucho menos de ejercer su derecho a

la defensa, pues solo tendrá conocimiento de las imputaciones hasta cuando se presente la demanda en el juzgado especializado de pérdida de dominio, teniendo solo 10 días de plazo para contestar una investigación de más de 12 meses en su contra.

Otro de los grandes inconvenientes que trae consigo esta ley, es que cuando se haya desestimado la demanda de extinción de dominio, procederá la devolución de los bienes o de cualquier otra titularidad patrimonial, y en el supuesto de que los bienes hayan sido subastados anticipadamente se devolverá su valor equivalente, esto afecta contra el derecho de propiedad, pues aunque haya sentencia absolutoria y se devuelva el valor del bien subastado, nada subsana las expectativas del propietario sobre el bien que ya fue enajenado.

Es más, visto de otro modo, el proceso de extinción de dominio puede entenderse como un mecanismo de enriquecimiento para el Estado, pues busca perseguir los bienes de origen ilícito, utilizando para ello la legislación actual sobre la materia y los recursos de las fiscalías y juzgados especializados, para despojar de sus bienes a los particulares aduciendo un incremento económico injustificado o la procedencia ilícita de sus bienes, asemejándose con una máquina para incrementar el patrimonio del Estado, sin necesidad de desarrollar las garantías que ofrece el derecho penal.

1.1.2. Descripción del problema

La ley de extinción de dominio en el Perú, tiene como finalidad combatir el crimen organizado y el enriquecimiento ilícito de algunos funcionarios, decomisando los bienes efectos o ganancias de procedencia ilícita. El problema radica en que, la ley penal ya cuenta con los mecanismos suficientes para combatir el crimen organizado y decomisar las ganancias ilícitas. Sin embargo, el Estado utiliza a la ley de extinción de dominio tras la fachada de proceso autónomo, cuando en realidad y desde sus orígenes el decomiso siempre ha sido una consecuencia del proceso penal.

Por ello no es posible que el Estado, en virtud de la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, adopte una nueva figura supuestamente más célere, pero también más lesiva de derechos fundamentales que pretenda despojar de sus bienes a los propietarios desconociendo las garantías del debido proceso y el derecho a la propiedad.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles los fundamentos jurídicos para adecuar la ley de extinción de dominio al proceso penal ordinario?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene como propósito, establecer fundamentos que permitan adecuar la ley de Extinción de dominio al Proceso Penal Ordinario, mediante la individualización de los derechos fundamentales vulnerados por el Decreto Legislativo 1373 emitido el 08 de agosto del 2018, y de esta manera contribuir doctrinariamente con el desarrollo de argumentos teóricos que permitan dilucidar la naturaleza penal que tiene el proceso de Pérdida de Dominio. Por ello la importancia de la investigación radica en la necesidad de salvaguardar el derecho a la propiedad privada, frente a un nuevo proceso que pretende despojar la titularidad del bien a su propietario, por supuestos superficiales o sospechas injustificadas, sin otorgarle el derecho a la presunción de inocencia, tras la fachada de autonomía que ostenta el proceso de Extinción de Dominio el mismo que a todas luces sigue siendo una consecuencia del proceso penal para ciertos delitos.

En virtud a lo antes mencionado, el presente trabajo sirve como guía de interpretación para los abogados litigantes que lleven este tipo de procesos, ofreciendo un punto de vista más crítico y profundo los derechos de sus patrocinados; en el mismo sentido esta investigación servirá para que, tanto jueces como fiscales que tomen conocimiento de casos relacionados al decomiso de los bienes o ganancias del delito, formulen sus investigaciones, acusaciones (Ministerio Público) y sentencias (Jueces) respetando las garantías del debido proceso y los derechos fundamentales

del investigado.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Establecer los fundamentos jurídicos para adecuar la ley de Extinción de Dominio al Proceso Penal Ordinario.

1.3.2. Específicos

- a) Determinar la vulneración del derecho al debido proceso en su variante del derecho al contradictorio, por la aplicación de la ley Extinción de Dominio
- b) Explicar la transgresión del derecho a la presunción de Inocencia en el proceso de Extinción de Dominio
- c) Analizar la transgresión del proceso de extinción de Dominio al contenido esencial del derecho a la propiedad.
- d) Analizar la doble regulación de la ley de Extinción de Dominio, respecto a los efectos del comiso de los bienes, ganancias o efectos del comiso en el proceso penal ordinario.
- e) Elaborar una propuesta legislativa para que la Extinción de Dominio se adecue en el Proceso Penal Ordinario, incorporando una fórmula legislativa en el Art 102

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES

1.4.1. Delimitación

Esta investigación se desarrolla en el ámbito nacional.

1.4.2. Limitaciones

Durante el desarrollo del presente trabajo, todas las limitaciones han sido superadas.

1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

A) Básica

Este tipo de investigación aporta conocimientos en el ámbito doctrinario del derecho, y no busca la aplicación práctica de sus descubrimientos (Rodríguez, 2020). Si ello es así, la presente tesis cuenta con un nivel básico pues busca contribuir con el conocimiento doctrinario a través del estudio detallado de la ley de Extinción de Dominio, para identificar los derechos que vulnera dicha ley, y también explicar la innecesaridad de este proceso al encontrarse doblemente regulado en el proceso penal ordinario.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A) Descriptiva

Teniendo en cuenta que las investigaciones descriptivas, muestran o exponen las características del supuesto que se está estudiando, se limitan a la descripción del objeto de estudio y a su evolución, dejando de lado la explicación de sus causas (González, 1990). En tal sentido, el presente trabajo de investigación describe los supuestos de transgresión generados por la Ley de Extinción de dominio a los derechos fundamentales como la propiedad, la presunción de inocencia y el debido proceso.

B) Explicativa

En estudios como estos, se busca plasmar las causas, las explicaciones o razones del por qué y el para qué del fenómeno investigado (Anónimo, s.f). En función a ello, la presente investigación explica las razones de porqué y para qué es importante adecuar la ley de extinción de dominio al proceso penal, teniendo como premisa principal evitar la vulneración de los derechos fundamentales.

C) Propositiva

La presente investigación cuenta con un nivel propositivo, pues al finalizar el desarrollo de la misma se han agotado los dos niveles antes mencionados, y en función a ello se propone la adecuación del Proceso de Extinción de Dominio al proceso penal ordinario.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A) Cualitativa

La presente investigación tuvo un enfoque cualitativo, porque no recurre al uso de datos estadísticos y también porque, tanto la contextualización, la formulación del problema y la hipótesis se formulan desde la argumentación jurídica e interpretación de la norma que se pretende modificar; teniendo como componente normativo la Ley Extinción de Dominio y como componente hipotético la transgresión de la misma a ciertos derechos fundamentales aunado a la doble regulación de dicha figura en el sistema normativo.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para adecuar la ley Extinción de Dominio, al proceso penal ordinario son: a) la doble regulación en cuanto a los efectos del comiso de los bienes, ganancias o efectos del delito y b) la transgresión del derecho al debido proceso, c) la transgresión del derecho a la

presunción de inocencia y d) la transgresión del derecho a la propiedad.

1.7. MÉTODOS

1.7.1. Genéricos

A) Método Deductivo

Este método puede entenderse como un proceso de pensamiento que va de lo general (leyes o principios) a lo particular (fenómenos o hechos concretos). En presente caso se parte del cuestionamiento de una ley general, de carácter nacional como el Decreto Legislativo N. 1373 para luego individualizar los derechos fundamentales vulnerados al momento de aplicarla en la realidad.

1.7.2. Propios del Derecho

A) Hermenéutico

Es un método que procura la interpretación de preceptos o normas poco claras de manera conjunta con el resto del ordenamiento jurídico, para estandarizar el proceso de interpretación, es importante recalcar que, la hermenéutica a su vez, está compuesta por otros tipos de interpretación como, la interpretación literal, interpretación histórica y económica (Mendoza, 2020).

En la presente investigación se utilizó la interpretación literal, porque se tiene como punto de partida los preceptos normativos establecidos en la Ley de Extinción de Dominio, también se ha empleado la interpretación histórica, pues se recurre a la evolución que ha tenido la figura de extinción de dominio en el Perú y en algunos países de Latinoamérica hasta la actualidad, en ese sentido también se verificará el contexto que llevó a promulgar la ley de extinción de dominio en el Perú.

B) Método Dogmático

Según Tantaléan (2016), la dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas, pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad” (p.4). Esto supone que el investigador primero conozca analice, describa e interprete las normas jurídicas, para luego formular una valoración positiva o críticas respecto de las normas estudiadas.

En virtud a lo antes mencionado, en presente trabajo de investigación se utilizó la dogmática jurídica, primero porque se ha estudiado y analizado en abstracto la ley de extinción de dominio en el Perú, para llegar a establecer de manera crítica que en el fondo la ley de extinción de dominio sigue siendo una consecuencia accesoria del delito.

C) Argumentación Jurídica

Entendida como una exposición de razones lógicas y coherentes que permiten llegar a una conclusión, partiendo de premisas determinadas, que permiten validar decisiones y o enunciados teóricos (González, 2018). En base a tal definición, el presente trabajo expone razones lógicas y coherentes para validar la hipótesis de adecuar la figura de extinción del dominio al proceso penal ordinario.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas

A) Análisis Documental

En el presente trabajo se recurrió al análisis diversos documentos jurídicos, como la exposición de motivos sobre la Extinción de Dominio y todo lo concerniente a la evolución de la legislación de Extinción de Dominio en el Perú con la finalidad de analizar la verdadera naturaleza jurídica que posee.

B) Fichaje

En esta tesis se ha recolectado y almacenado en soporte digital toda la información vinculada con la Ley de Extinción de dominio en el Perú y su vinculación o dependencia con el Proceso Penal Ordinario.

1.8.2. Instrumentos

En la presente investigación se han utilizado los distintos tipos de ficha, principalmente la bibliográfica, pues se recurrió a diversas fuentes o libros para reforzar las premisas plasmadas en el presente trabajo, también se usaron fichas textuales y fichas resumen para rescatar las ideas esenciales que sirvieron para contrastar y validar la investigación. Además, también se utilizó la guía de análisis documental para extraer la finalidad y el procedimiento de la Ley de Pérdida de Dominio.

1.9. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

En estricto no se tiene unidad de análisis, porque esta se refiere a individuos; sin embargo, como unidad de observación se consideró a la Ley de Extinción de Dominio.

1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Según la búsqueda realizada en RENATI, se obtenido como resultado una tesis relacionada al objetivo del presente trabajo, para adecuar la Ley de Extinción de Dominio y es la siguiente:

Neyra (2017), en su tesis titulada: El Delito de Lavado De Activos y el Proceso De Pérdida De Dominio en la Legislación Penal Peruana; para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tuvo como objetivo determinar la relación existe entre el Delito de

Lavado de Activos y el proceso de pérdida de dominio en la legislación penal peruana, el autor plantea la siguiente hipótesis: El proceso penal por Delito de Lavado de Activos que lleva a una sanción penal por la comisión de dicho delito facilita incoar un proceso por pérdida de dominio con arreglo al Decreto Legislativo N. 1104. En ese sentido, los resultados asumidos por el investigador están referidos a que, la imposición de una sanción penal dentro de un proceso de lavado de activos facilitaría la incoación de la acción de pérdida de dominio. Asimismo, desarrolla el marco legal de la acción de pérdida de dominio y del proceso de lavado de activos. En conclusión, dicho trabajo acepta las consecuencias de la extinción de dominio, realizando aún más sus facultades al considerar que una condena por el delito de lavado de activos en un proceso penal facilitaría el inicio de la extinción de dominio del titular sobre su bien.

A diferencia de dicho trabajo, la presente investigación busca adecuar la ley de extinción de dominio al proceso penal ordinario, para que, cualquier decomiso se pueda realizar, pero como consecuencia y a posteriori de un proceso penal, en el que se haya declarado la culpabilidad del titular de los bienes o ganancias, también cuando previamente se haya llegado a establecer inequívocamente que los bienes o ganancias del titular provienen de la comisión de algún delito.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO

2.1.1. Positivismo Jurídico

El positivismo jurídico, siempre ha sido percibido como una corriente filosófica que estudia, justifica y respalda, la validez y eficacia de la norma; sin embargo, dentro del ius positivismo en realidad se encuentran varias escuelas que desarrollan distintos postulados, coincidiendo a grandes rasgos con las siguientes características:

- a) La opinión generalizada de que el derecho válido, no necesariamente está relacionado con el derecho justo.
- b) Énfasis en la consideración del Estado única y principal fuente del derecho válido.
- c) Especial atención a la palabra escrita, para definir y precisar los alcances de la norma.

Otra de las características de esta corriente ius filosófica continente, es la bifurcación en dos grandes categorías, generalmente conocidas como: funcionalistas o realistas, quienes se centran más en la pregunta de cuándo el derecho es eficaz, y además estudian

la funcionalidad de las normas; mientras que los estructuralistas o normativistas, se enfocan más en la validez de la norma a partir del ordenamiento jurídico; definiendo al derecho desde la norma y también desde el ordenamiento jurídico.

Asímismo, Bobbio (como se cita en Botero, 2015, p. 37), considera que existen tres acepciones del positivismo jurídico, i) el ideológico, este pensamiento considera al derecho como válido, por ser fruto de la voluntad del Estado representativo y democrático, como ente justo y sabio; la validez las normas jurídicas, está ligada a la garantía de la justicia y la sabiduría de la norma. ii) El segundo aspecto, concebía que, el derecho o las normas tienen carácter imperativo u obligatorio, porque es fruto del Estado Democrático. iii) Y por último, está el aspecto metodológico que ocupa el estudio del del derecho positivo válido; es decir, que focaliza el objeto de estudio del derecho en la norma positiva.

Los postulados de Bobbio, en relación al positivismo jurídico, especialmente el segundo aspecto, que garantiza la validez de las normas por ser fruto de la voluntad del Estado representativo y democrático, como ente justo y sabio, será de gran importancia en la presente investigación, pues servirá para analizar si la Ley de extinción de dominio, realmente cuenta como garantía de justicia y sabiduría, de la decisión política del órgano encargado de promulgar las leyes. Pues, si bien el poder legislativo es un órgano

representativo por excelencia, en el cual el pueblo deposita su confianza para emitir normas que permitan expresar la recta y justa voluntad general del pueblo, estas normas deben ser promulgadas, pero de manera racional, justa y sabia.

En virtud a ello, se manifiesta una dualidad entre Estado y Sociedad, donde el Estado, mediante la dación de normas y utilizando el poder jurídico que el pueblo le confiere, busca formar a la sociedad en post de los valores, como la dignidad humana, el respeto a la vida, la propiedad privada, la familia, el trabajo, la división de poderes, entre otros; por tanto, las normas emitidas por el poder legislativo, deberían actuar como resguardo o respaldo de los derechos valores antes mencionados, y evitar a toda costa leyes como la que regula el proceso de extinción de dominio, que atenta contra derechos fundamentales.

Otro aporte importante del ius positivismo, es lo expresado por Kelsen en su Teoría pura del derecho que tiene como principales aportes las siguientes consideraciones.

A. Positivismo Metodológico

En este punto Kelsen como se citan en Botero (2015), planteó que para lograr la pureza del discurso jurídico este debería alejarse y rechazar cualquier ideología ya sea moral o política o cualquier elemento de interpretación extra jurídico (como la

sociología, la teoría económica, histórica, etc.), solo de esta manera el jurista científico podría aspirar a la objetividad de sus descubrimientos y a la neutralidad en su acción.

El estudio del derecho se limita, a la interpretación analítica y sistemática de las normas válidas, y la validez de las normas depende de que se respete la jerarquía normativa y que estas a su vez sean emitidas por el poder legislativo.

Así también Kelsen como se cita en (Botero 2015), señala que, la filosofía del derecho debe velar por pureza metodológica y de los fundamentos dogmáticos, que desde deberán estudiar la estructura jerárquica normativa, la lógica deóntica de las proposiciones normativas, y los sistemas jurídicos. En tal sentido esta corriente filosófica soportará la presente investigación, puesto que se estudiará una norma positiva, específicamente la Ley de Pérdida de dominio, en función a la estructura jerárquica normativa, de todo el ordenamiento jurídico, analizándola de forma sistemática con las demás categorías normativas, y no como una isla aislada en el derecho, por la denominada naturaleza autónoma. Descubriendo su especial parentesco la regulación del proceso penal ordinario, respecto a los efectos del comiso, de bienes o ganancias, provenientes de actividades ilícitas.

Por su parte Kant como se cita en Botero (2015) señala que, mientras se actúe como científico deberá dejar de lado sus valoraciones particulares, soslayando juzgar al ordenamiento jurídico desde sus consideraciones personales, o desde la arraigada costumbre de defender exigencias políticas o populistas (que no dejan de ser opiniones subjetivas), pero sí manteniendo al margen sus consideraciones subjetivas, se podrá evitar el uso desproporcionado del poder legislativo, en la dación de normas. La pureza del derecho, busca apartarse de criterios de validación extra jurídicos, por lo que cualquier contenido por la voluntad del órgano competente puede ser derecho, pero esta voluntad de positivizar una norma debe obedecer siempre a la razón y criterios objetivos.

Teniendo en cuenta tal razonamiento, en la presente investigación, se analizará la validez sustancial para contrastar que al momento de promulgar la ley de extinción de dominio, el legislador haya motivado su opinión en la razón y en criterios objetivos, y que de ninguna manera haya sustentado la positivización de dicha norma en presiones políticas o sociales pues de ser así esta ley no tendría ninguna validez jurídica.

B. Positivism Teórico

En este punto las afirmaciones giran en torno al concepto del derecho positivo propiamente dicho, se habla también que la validez de la norma se determina no en sistemas extra jurídicos, sino en el ordenamiento mismo, y precisamente este ordenamiento, que valida sus propias normas, un entramado jurídico conformado por distintos niveles jerarquizados (Botero, 2015).

La validación jerárquica de las normas consiste en una adscripción al ordenamiento jerárquico jurídico. Es el propio ordenamiento lo que da validez a sus normas, puesto que, al ser jerarquizado, resulta que sus elementos están entrelazados e inter relacionados entre sí, de esta manera la norma superior, valida a la norma inferior, es decir que una norma es válida y podrá ser positivizada, siempre y cuando no se oponga a la norma superior; y algo muy importante respecto a la mencionada estructura jerarquizada, es que, Kelsen como se cita en Botero (2015, p. 119): “Incluye y considera a la Constitución como una norma jurídica jerárquicamente superior, que fundamenta e irradia todo el ordenamiento jurídico. La voluntad de la ley está sometida a la razón de la Constitución”.

En tal caso, los planteamientos expuestos sobre el positivismo y sus variantes sirven a la investigación para la evaluación y análisis del objeto de estudio, el mismo que es la Ley de pérdida de dominio, y su concordancia con la Constitución Política que irradia de derechos y principios todo el ordenamiento jurídico.

Para finalizar, es importante destacar que en el presente trabajo se ha adoptado la posición filosófica que plantea el positivismo, pues como afirma Kelsen (como se cita en Botero): “El derecho es considerado válido, en tanto es fruto de un estado de derecho (2015, p. 120)”.

2.1.2. Pospositivismo

Según Atienza (2020) el pospositivismo considera al derecho como un sistema de pensamiento, complejo y social capaz de moderar la conducta humana; esta concepción surge como consecuencia crítica de las objeciones al positivismo clásico, que consideraba al derecho como un conjunto de normas, paradigma al que Atienza considera como insuficiente, por tomar en cuenta solo la dimensión normativa del derecho y dejar de lado sus implicancias éticas y políticas.

Para el pospositivismo el derecho es una actividad que se practica en la sociedad y se manifiesta a través de leyes, tiene como finalidad el logro de ciertos fines y valores que salvaguarden los

derechos individuales y colectivos de las personas. Esta es la razón por la cual la teoría del derecho no pueda limitarse a describir y explicar un fenómeno meramente normativo. El estudio del ius debe realizarse con criterios integrales y no aislados para que en la realidad surjan los efectos deseados, además, el derecho debe plasmar criterios o principios orientadores, para quienes lo estudian y para los que lo practican.

El post positivismo supone la superación de una visión teórica meramente positivista, que inspira una dogmática limitada a las normas, verlo solamente de esta manera implicaría ocultar los verdaderos criterios que basan la aplicación del derecho, limitando así las posibilidades de incidir en la práctica jurídica. En su momento el positivismo, bajo el discurso de pureza normativa extendió un manto de racionalidad teórica, que centraba su estudio en ser de las normas jurídicas justificando prácticas arbitrarias contrarias a los postulados aspiracionales del deber ser propias de un programa utópico. Entonces si los juristas se ciñen a los postulados clásicos del positivismo, y no aportan elementos que van más allá de lo normativo, asistiendo a derecho con una visión del sistema jurídico meramente formalista, están condenados a aislar el derecho de sus fines y convertirlo en una herramienta ineficaz para la sociedad (Bovino y Courtis, 2000).

En ese sentido, el llamado pospositivismo ideológico se caracteriza por ir más allá de la concepción positivista de entender el derecho, que lo define como un conjunto de normas, pues esta visión formalista estaría ocultando una realidad mucho más compleja del sistema jurídico. Dejar de lado el pensamiento positivista clásico supondría un avance rumbo a una teoría jurídica con matices políticos, orientados a lograr los objetivos trasados desde la justicia social sustantiva, para alcanzar el programa utópico de una sociedad armónica.

En virtud a lo antes mencionado, los postulados post positivistas servirán a la presente investigación, para analizar a la ley de extinción de dominio no desde los estrictos parámetros del positivismo que, en su afán de mantener un discurso de pureza del derecho, dejan de lado el estudio sobre la contribución de las normas con los fines y valores de un Estado Constitucional de Derecho que promueve el respeto de los derechos fundamentales.

2.1.3. El Garantismo

Otro planteamiento filosófico que ha sido adoptado en la presente investigación, es el Garantismo de Ferrajoli. Ahora bien, para comprender la razón de ser de esta corriente filosófica, es fundamental que se tenga en cuenta que, por naturaleza, el poder ya sea público o privado, tienden a concentrarse de manera

absoluta y también a apartarse del derecho, esto puede conllevar a gobiernos autoritarios, dictatoriales o incluso tiranías, como se vivió en los siglos anteriores. Frente a esta situación, surge la necesidad de buscar la manera de frenar al poder, por este motivo Ferrajoli (como se cita en Moreno 2007) propone limitar al poder Estatal desde el derecho, mediante leyes; surgiendo así el famoso emblema “El derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos” (p.5).

En función a lo antes mencionado, Ferrajoli (como se cita en Moreno 2007), plantea tres postulados básicos respecto del garantismo, los cuales se desarrollarán a continuación, siendo que la suma del desarrolla de las dos primeras acepciones da como resultado el tercer postulado.

A. Garantismo como modelo de un Estado de Derecho

Ferrajoli propone una reformulación del Estado Social de derecho, fundamentada en derecho y principios de igualdad, donde los ciudadanos no puedan sufrir ninguna arbitrariedad; para lograrlo se necesitaría de las garantías de derechos sociales, como la igualdad, y no de las intervenciones selectivas o burocráticas.

Otro punto importante de Ferrajoli como se cita en Moreno (2007), es cambiar de lugar las siguientes piezas, el derecho no

debe estar más, supeditado a la política, antes bien ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, subordinada siempre a contenidos y principios constitucionales. El autor sugiere que la validez de las normas, no solamente deben limitarse a la formalidad, sino que, además, debe cumplir y satisfacer los estándares exigidos por los derechos fundamentales.

B. Concepto de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son considerados como subjetivos y personalísimo que ostentan todos los seres humanos por su estatus o cualidad de personas; así también debe comprenderse que un derecho subjetivo es la perspectiva positiva (de adquirir derechos y obligaciones) o negativa (de sufrir lesiones de derechos), que tiene un ciudadano adscrito a la ley, respecto al estatus de persona, debe entenderse como la condición de ser humano, la misma que automáticamente lo hace titular de los derechos y obligaciones previstos por ley.

Así mismo, Ferrajoli (como se cita en Morales, 2007) también desarrolla, cuáles derechos deberían ser fundamentales en función a cuatro axiomas que le corresponden a cada persona por su calidad de ser humano, estos son: “La igualdad ante la ley, el vínculo jurídico entre democracia y derechos

fundamentales, la conexión intrínseca entre derechos fundamentales y la paz, y por último el rol que siempre deberán cumplir los derechos fundamentales, como la ley del más débil (p. 10)”.

En la misma línea de ideas, el autor sostiene que, los derechos fundamentales repercuten directamente en los gobiernos democráticos en los siguientes aspectos: debe haber una disgregación entre derechos económicos y derechos fundamentales; asimismo, estos últimos deben ser los pilares de la igualdad ante la ley, en virtud a ello se debe reconocer la supremacía de los derechos fundamentales y su conexión directa con las garantías.

En virtud a ello, el autor formula la concepción democrática desde un enfoque garantista, pero que a su vez tiene dos acepciones, un aspecto formal y un aspecto sustancial, el primero está referido a la formalidad que debe estar presente en la elaboración y en la dación de las normas, mientras que el aspecto sustancial debe entenderse como la facultad indisponible de cambiar o eliminar los derechos fundamentales de las personas; por ello, se dice que las producción de normas formales poseen un margen, y este límite vendría a ser la democracia sustancial, quién a su vez reposa sobre la base de los derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales, al ser todas las personas, nadie tiene potestad ni la posibilidad de cambiarlos, alterarlos o negociarlos, de ello se desprende su característica la inalienabilidad e indisponibilidad, pues pertenecen a una preminencia inalterables, que limita cualquier acción o decisión, tanto de entidades públicas o privadas, que pueda atentar contra ellos o ponerlos en peligro. Es así que, para Ferrajoli un país es muestra más rasgos democráticos, cuando este se encarga de y generalizar los derechos de sus ciudadanos.

C. El Garantismo como Teoría General del Derecho

Finalmente, la Teoría Garantista planteada por Ferrajoli, también puede ser utilizada una Teoría General del Derecho, según sostiene el autor italiano, esta teoría se estructura en tres conceptos básicos: Garantismo como ciencia jurídica, cuyo método de estudio es el análisis empírico que pueden abarcar no solamente normas, sino también acontecimientos sociales o hechos pasados, su objeto de estudio, este compuesto por la sociología jurídica, la dogmática jurídica y la historiografía jurídica.

Respecto a la segunda acepción, se debe tener en cuenta que la filosofía garantista emplea como método a la doctrina normativa, porque tiene como finalidad conseguir valores

axiológicos, basados en la ética y en bienestar social, pero de connotación universal y de esta manera lograr que exista una sociedad armoniosa.

Y, por último, el garantismo propiamente dicho, como teoría del derecho, entendida como un conjunto sistemático de conceptos, busca criticar valorativamente las normas jurídicas, para identificar ciertas irregularidades que puedan tener las leyes en función a su vigencia o a su validez.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS

2.2.1. Extinción de Dominio

A. Antecedentes históricos sobre la pérdida de dominio en el plano internacional

El primer registro en cuanto a la legislación de pérdida de dominio a Nivel de Latino América, que como se mencionará más adelante, es uno de los continentes en el cual se incrementa la criminalidad organizada, el primer país en regular esta figura y atacar directamente contra la delincuencia mediante la enajenación de bienes o ganancias, obtenidas de manera ilícita, fue Guatemala, la Ley de Extinción de Dominio, fue aprobada por el Congreso de dicho país, el año 2010, mediante N. 55-2010, considerando, según su propio preámbulo, el incremento de la criminalidad, la corrupción, la

comisión de delitos contra el propio Estado, delitos económicos, el narcotráfico, tráfico de armas, entre otros; fueron las razones que llevaron a promulgar la Ley de Extinción de Dominio al país guatemalteco.

Teniendo en cuenta que el tráfico ilícito de drogas es una de las actividades ilícitas más rentables en el mundo y a nivel de América Latina, los países con mayor índice en incautación de droga lo ocupan, en primer lugar, Colombia, en segundo puesto se encuentra México, en tercero Perú y en cuarto Brasil (ONU, 2018).

Por la ubicación que ocupa México en la lista de países con mayor cantidad de narcotráfico a nivel mundial, se evidencia que buscaran mecanismos para hacer frente a este problema, que fueran más allá de penalizar la elaboración, el traslado, la promoción al consumo y la venta de estupefacientes; una de estas medidas es atacar directamente al producto final de este negocio; es decir incautar, decomisar o enajenar los bienes o ganancias que sean obtenidos, a costa de actividades ilícitas, por ejemplo, en caso de que una persona no justificara de dónde obtiene tanta rentabilidad económica, como sucede en muchos casos de narcotráfico, después de un determinado proceso, si las fiscalías especializadas de pérdida de dominio, llegan a demostrar que el implicado no es capaz de demostrar

la licitud de su patrimonio, entonces el Estado pasa a enajenar esos bienes, pues se los presume ilícitos, mediante un proceso llamado extinción de dominio.

Es así que, el 22 de mayo del 2009, México se convirtió en el primer país a nivel de Latino América en promulgar formalmente una ley de Extinción de Dominio, con la denominación de Ley Federal De Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos. En su momento esta ley si bien, desde un punto de vista luchaba eficientemente con criminalidad organizada de los tan sonados Cárteles Mexicanos, también fue susceptible de varias críticas, pues según varios comentaristas de la región atentaba contra la seguridad jurídica patrimonial, de las personas que poseían grandes fortunas, pero que sí las habían adquirido de manera lícita.

El segundo país de Centro América en adoptar esta medida de lucha contra la delincuencia organizada, es Guatemala, aquí la Ley de Extinción de dominio fue aprobada por el Congreso de dicho país, el año 2010, mediante N. 55-2010, considerando, según su propio preámbulo, el incremento de la criminalidad, la corrupción, la comisión de delitos contra el propio Estado, delitos económicos, el narcotráfico, tráfico de armas, entre otros; fueron las razones que llevaron a promulgar la Ley de

Extinción de Dominio al país guatemalteco.

En Sur América no tardaron en seguir los pasos normativos a la figura de Extinción de dominio, es así que Colombia, al ser ubicada el primer puesto en producción de estupefacientes, decidió adoptar esta medida legislativa de la pérdida de dominio, mediante la Ley N. 1708, promulgada por el Congreso colombiano, el 20 de enero del 2014, este cuerpo normativo es denominado como Código de Extinción de Dominio, que consta de VII Títulos, en los que regula los principios concernientes a este proceso, el concepto, naturaleza jurídica de esta institución, temas referentes a la prueba, los plazos para las investigaciones y para el proceso, la competencia de los jueces y fiscales, las medidas cautelares, los recursos que se pueden asumir contra los pronunciamientos judiciales en la materia, y por último la cooperación internacional entre países para hacer frente el crimen organizado, mediante la enajenación final de los bienes o ganancias producto de actividades ilícitas.

En Argentina, también se reguló la figura de Extinción de Dominio, el 21 de enero del 2019, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N. 62-2019-APN-PTE, con argumentos similares en cuanto a su justificación, de lucha contra la criminalidad organizada.

Como se puede apreciar, según lo antes desarrollado en Latino América, existe una ola expansiva desde hace poco más de una década, que busca regular la institucionalidad de Pérdida de Dominio en distintos países, que como se ha visto, en México, Guatemala, El Salvador, Colombia, Bolivia, Argentina y Perú; mientras que en Ecuador y Costa Rica aún están en debatiendo sus respectivos proyectos que regularán esta institución.

Sin perjuicio de ello, también hay que tener en cuenta que no en todos los países, la regulación de Extinción de Domino ha sido aceptada en su totalidad, prueba de ello están las críticas formuladas en Colombia, sobre la excesiva dilación de los procesos de pérdida de dominio, lo que ocasiona en muchos casos la devaluación o deterioro de los bienes y la corrupción de funcionarios que, en lugar de custodiar los bienes enajenados, los utilizan para su beneficio personal o de terceros.

Por su parte en Argentina también hubo serios cuestionamientos, el primero fue que, en realidad, la regulación de Extinción de Dominio fue una medida populista, puesto que el Ex presidente Mauricio Macri, en ese entonces representante del partido Podemos por el Cambio, vio que la sociedad argentina se encontraba convulsionada e indignada por la

corrupción que se vivía en las instituciones estatales, por ello no dudó en sacar ventaja de la situación, para su partido político que se presentaría en las próximas elecciones, y aprobó mediante decreto de urgencia, la Ley de Extinción de Dominio, para congraciarse con la población y para su partido político que se presentaría en las próximas elecciones originada por la corrupción que azotaba el país argentino por el año 2019.

B. Antecedentes históricos sobre la Ley de Extinción de Dominio en el Perú

En el Perú esta esta figura, ya se encontraba regulada desde el año 2007, mediante el D.L. N. 992, aunque la finalidad era la misma, es decir que fue emitida como una medida de política criminal para hacer frente a la delincuencia, su denominación era distinta, llamándose Ley que Regula el Proceso de Pérdida de Dominio, esta antigua ley regulaba de manera muy genérica y hasta laxa lo concerniente a la figura de extinción de dominio, expresaba de manera superficial la naturaleza autónoma de dicho proceso, además que se sustentaba solamente en dos principios el de licitud y el de interés público, para la confiscación de los bienes provenientes del actividades ilícitas. En cuanto a la supletoriedad, la misma ley establecía que en caso de vacíos se debía recurrir a la legislación vigente del Código Procesal Penal.

Respecto al procedimiento en sí, que debía llevarse a cabo antes de declarar la extinción definitiva de dominio sobre el bien, esta ley mencionaba que los jueces competentes para asumir este tipo procesos eran, los jueces especializados en lo penal o los juzgados mixtos según corresponda el lugar, mientras que los encargados de iniciar investigaciones, eran pues las fiscalías penales provinciales, en colaboración con la Policía Nacional del Perú, el plazo para estas investigaciones era de 45 días hábiles, mucho más corto a diferencia del actual, no se hace referencia a las pruebas que deben ser admitidas en estos proceso; por otro lado se menciona de manera genérica a las medidas cautelares que podrían solicitarse, además se establecen pautas generales que han sido perfeccionadas en el proceso actual de extinción de dominio

En cuanto a la administración de los bienes decomisados, en las disposiciones finales complementarias del D.L. 922-2007, se encarga al Fondo de Pérdida de Dominio la custodia, conservación, administración y disposición de los bienes o ganancias provenientes de actividades ilícitas, sobre los cuales se haya declarado la extinción de dominio. Asimismo, se establece que, para el funcionamiento y mantenimiento de esta entidad, se destinará un porcentaje de las ventas, de los bienes que se hayan declarado judicialmente la extinción de dominio.

2.2.2. Proceso Penal Ordinario

Actualmente el código procesal peruano cuenta con un modelo adversarial con tendencia garantista, teniendo como principal diferencia del modelo inquisitivo, el pleno respeto a las garantías personales y a los derechos fundamentales. Bajo esa misma perspectiva, operan también las finalidades del proceso penal, encargado de perseguir, sancionar y reprimir el delito, sin perder el norte del respeto a los derechos humanos, la segunda finalidad es de carácter restaurativo, tanto para las víctimas del delito y también de la sociedad.

Al margen de ello, la sociedad y los medios de comunicación han distorsionado los fines del proceso, es así que, últimamente se ha visto una fuerte presión mediática, que repercute directamente sobre los legisladores, a incrementar las penas y también a la creación de nuevos delitos, algunos de ellos sí son realmente necesarios, pero el resto son tipos penales creados para congraciarse con la población, o para atraer votantes en su partido político. Debido a estas situaciones, es que el proceso penal está siendo utilizado como arma del poder político y económico. Además, se suma la histeria colectiva de la población, quienes consideran al proceso penal como un mecanismo de sanción indiscriminada, considerando a las garantías del proceso como un medio de impunidad y hasta de corrupción, dejando de lado la

búsqueda de la verdad y el debido proceso, al que toda persona tiene derecho (Guardia, 2019).

Ahora bien, el legislador a creído conveniente adoptar políticas criminales para combatir la delincuencia, siendo una de ellas la incautación y el decomiso de los bienes, que hayan sido utilizados para perpetuar el delito y también de los bienes o ganancias que se hayan obtenido a costa de actividades ilícitas, las cuales que se desarrollarán a continuación:

A. Decomiso

Esta figura jurídica se encuentra regulada el Art. 102 del Código Penal como una consecuencia accesoria del delito al igual que el proceso de Extinción de Dominio, el decomiso también tiene la finalidad de enajenar los bienes que se hay utilizado para cometer delitos, o que sean producto de estos, bajo el fundamento de que, las ganancias, bienes o fortuna que se hayan obtenido a expensas de cometer delitos, por ende, los propietarios no están legitimados para ejercer la titularidad que otorga el derecho a la propiedad privada, justamente porque provienen de un origen ilícito, en virtud a ello, los bienes provenientes de la ilegalidad pasan a ser de titularidad del Estado.

En ese sentido, el Art. 102, menciona que deberán ser decomisados todos los efectos o ganancias del delito, sin importar las transformaciones que estos hayan tenido, al momento de darles una apariencia lícita, y cuando se decomisen bienes intrínsecos al delito, como, por ejemplo, drogas, dinero falso, medicinas adulteradas, el juez ordenará la destrucción de los mismos. Y cuando los bienes o ganancias de procedencia ilícita, se hayan mezclado con los bienes de procedencia lícita, se procederá solamente a decomisar el monto estimado que provenga de actividades delictivas.

El último párrafo del artículo, refiere que, si por diversos motivos los bienes o ganancias de procedencia ilícita hayan sido escondidos, exterminados, incluso consumidos, o transferidos, a un tercero de buena fe a título oneroso, el juez puede disponer el decomiso del bien de este tercero por un monto estimado a las ganancias ilícitas obtenidas.

B. Incautación

Se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, específicamente desde el Art.218 al Art. 223, a diferencia del decomiso que se ejecuta de manera accesoria al delito, es decir, recién después de que se ha investigado y juzgado, se procede a decomisar los bienes; resulta que la incautación cautelar como

mayormente la conocen, se produce en el marco de la investigación preparatoria y funciona de la siguiente manera: primero el fiscal solicita el tenedor o titular del bien materia del delito, que lo exhiba, o lo entregue, con la finalidad de esclarecer la investigación y si esa persona no accede a tal pedido, el fiscal queda facultado para solicitar al juez que ordene la exhibición o entrega de estos bienes, de manera coactiva, el procedimiento culminará con la resolución confirmatoria del juez competente.

En el caso de flagrancia delictiva, o peligro inminente de la comisión del delito, la Policía Nacional del Perú, no requiere de autorización judicial o fiscal para proceder con la incautación, sin perjuicio de dar cuenta de manera inmediata al fiscal, de tal decisión.

Una vez, se hayan incautado los bienes, se levantará el acta detallando y precisando las características y el estado del bien al momento de la incautación, así mismo se designará un funcionario público quién se encargará de velar por la seguridad y conservación de dichos bienes, manteniéndolo en cadena de custodia, hasta que cumpla con esclarecer los hechos o hasta que se identifique a la víctima quién tenga titularidad legítima sobre el bien. Y en caso de que no se llegue a identificar se procederá con la exhibición y remate del bien, acción que se realizará por la autoridad administrativa del Ministerio Público.

2.2.3. El Decomiso en el delito de Lavado de Activos

Según Decreto Legislativo 1106, respecto al decomiso de los bienes que hayan sido obtenidos, por la comisión del delito de lavado de activos, remite de manera supletoria al Art. 102 del Código Penal, el cual fue desarrollando anteriormente, en concordancia con la segunda disposición final complementaria de la mencionada ley.

2.2.4. Estado Constitucional de Derecho

El Perú, tiene un Estado Constitucional de derecho, pues reconoce a la Constitución como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, es decir que se centra en la Constitución por los valores o normas superiores que contiene, en ese sentido el constitucionalismo según Ferrajoli (2011), es concebido como:

Un sistema jurídico, equiparable a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supra-ordenadas; y, desde el punto de vista de teoría del Derecho, el constitucionalismo no se restringe a una concepción formalista, donde la validez de las leyes se encuentra vinculada a la aprobación conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos. (p. 16)

Por ello el constitucionalismo tiende a someter a las leyes de inferior jerarquía, ante las normas y valores superiores que se encuentran en la Constitución, concebidas o creadas por el la

escuela filosófica iusnaturalista del derecho; entre las cualidades que trae consigo la Constitución se encuentra la creación de valores o principios inderogables que deberían irradiar todo el ordenamiento jurídico, entre los más destacados se tiene: el derecho a la igualdad, a la dignidad humana como el fin supremo del estado, y los derechos fundamentales que a su vez se encuentran conformados por una amplia gama de garantías y libertades, como el derecho a la vida a los distintos tipos de libertad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a propiedad, el derecho al debido proceso, entre otros.

Para el sistema legal que maneja el constitucionalismo, existen dos tipos de validez: formal y sustancial, la primera está referida a que requisitos y procedimientos formales que deben cumplirse para la dación de normas, mientras que la validez sustancial significa que las normas están condicionadas a la constitución, por ende, estas normas sustanciales condicionan la validez de las leyes, por eso.

Ferrajoli (2002) afirma que:

El Estado Constitucional de derecho se configura como un instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos. (p.14)

El constitucionalismo, ha canalizado y materializado su consigna de valores superiores, mediante la Constitución, que puede considerarse como un texto jurídico y político que aparte de organizar y estructurar el funcionamiento del Estado, institucionaliza el contenido de los derechos y principios fundamentales de las personas, pues tiene como finalidad controlar y limitar el poder Estatal, e impedir la arbitrariedad de las diversas instituciones públicas y privadas; convirtiéndose así en el instrumento fundamental del País.

Como se mencionó anteriormente, la Constitución es la carta fundamental y se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, por los valores y principios que contiene; precisando que este contenido se irradia a todo el sistema jurídico, por ello, todas las normas existentes deben armonizar y complementar los valores superiores de la Constitución, de no ser así, las normas devendrían en inconstitucionales o permitirían la vulneración de los derechos fundamentales. Pero lamentablemente aun cuando se está en un Estado Constitucional de Derecho y se promueva la armonía de la Constitución, existen algunas normas que han cumplido con la formalidad y conformidad para su promulgación, pero en cuanto al fondo no cumplen con la validez y coherencia que establece la Constitución.

El constitucionalismo históricamente también ha sido concebido como la superación del positivismo; sin embargo; Ferrajoli menciona un postulado interesante al considerar como dos posturas antagónicas deberían aprender a coexistir entre ambas para mejorar el sistema jurídico; en ese sentido el positivismo jurídico debería efectivizar todos los valores o normas superiores que tiene la constitución, a través de la dación formal de leyes.

2.2.5. Derecho a la Propiedad

Dentro del marco constitucional de derecho, es importante destacar la presencia del derecho a la propiedad, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N. 3258-2010-PA/TC Amazonas, el contenido esencial del derecho a la propiedad es la facultad que tienen las personas de usar, disponer y gozar de sus bienes; otro argumento importante esbozado por el máximo tribunal es el de vincular al derecho de propiedad con la libertad personal, pues mediante él se manifiesta la libertad económica que tienen todas las personas en un Estado social y democrático de derecho, razón por la cual es considerado como un derecho Inviolable, y por ende, el Estado tiene el deber de garantizarlo (Tribunal Constitucional, 2010).

Teniendo como características principales, a) la plenitud del derecho, es decir el conjunto de atribuciones que ostenta el titular, para ejercer autónomamente su derecho, respetando los límites

impuestos por las leyes, y los derechos de los demás; también considerando a la propiedad como b) un derecho irrevocable, pues su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (Tribunal Constitucional, 2007, p. 4).

Otra de característica del derecho a la propiedad según García (2018) es la inviolabilidad, esto significa: “La imposibilidad de vulnerar o transgredir el uso, goce y disposición de la misma, esta inviolabilidad es oponible a todos, para los particulares y para el Estado, constituyéndose así en una garantía de indemnidad” (p. 133). En consecuencia, ni el Estado, ni los particulares pueden desconocer o transgredir la propiedad. En el mismo sentido Álvarez como se cita en (Varsi, 2019) opina “La propiedad se presume libre; cualquier derecho real o personal que constriñe la propiedad debe ser probado, en su contenido, duración y ejercicio se presume de la forma y modo menos gravoso para la propiedad” (p. 75).

Como se verifica de los párrafos precedentes, la propiedad es un derecho constitucional, que se encuentra ligado con la libertad personal y su única forma de extinción dependerá del titular, en ese sentido, el Estado debe garantizar el respeto por este derecho y todas las leyes que puedan afectarlo limitarlo deberán promulgarse respetando el contenido esencial del derecho a la propiedad, y no

por presiones sociales o medidas populistas que puedan acarrear eventuales repercusiones y afectaciones en el derecho a la propiedad, como es el caso de la ley de Extinción de Dominio.

B) La propiedad como un derecho humano

El derecho a la propiedad privada está reconocido como un derecho humano en el Art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita por el Perú, el 10 de diciembre del año 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas de Lima, posteriormente aprobado por la Resolución Legislativa número 13282, que data del año 1959, en el referido artículo, se consagra a la propiedad como derecho fundamental del ser humano, bajo las siguientes consideraciones: Toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectiva, por consecuencia, nadie podrá ser privado arbitrariamente de este derecho, en ese sentido se advierte que el derecho a la propiedad ha sido reconocido en la declaración universal, como un derecho humano.

Es preciso señalar que, los derechos humanos son fundamentados y definidos de distintas maneras, según el lus naturalismo racionalista, los derechos humanos son una característica propia o intrínseca del ser humano, que son inherentes a cada persona por su condición su propia naturaleza

y por su dignidad, descartando así la idea de considerarlos como una gracia concedida por la sociedad política, mediante las leyes Truyol y Serra como se cita en (Sgastume, 2007). Desde el punto de vista del ius positivismo, Peces Barba, plantea que los derechos humanos, son una facultad de la norma, mediante la cual se le otorga protección formal, a las personas para que puedan ejercer sus libertades, el derecho a la igualdad, participación política y todos los demás derechos que permitan ejercer el desarrollo integral de las personas, dejando a salvo la posibilidad de usar al Estado, para sancionar cualquiera situación que atente o que ponga en riesgo lo antes mencionado (como se cita en Sgastume, 2007).

De otro lado, Eusebio Fernández (como se citó en Sagastume 2007), los derechos fundamentales o derechos humanos, se encuentran ligados a la idea de la dignidad humana, por ende, son condiciones para el desarrollo de la dignidad de las personas.

En relación a ello Sagastume (2007) plantea que:

Al margen de las concepciones sobre derechos humanos que puede variar según la corriente filosófica, los derechos humanos se sostienen en tres pilares y valores fundamentales, que según el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables

de todos los miembros de la familia humana” de ello se desprenden los tres valores que fundamentan la idea de la dignidad humana como finalidad de los derechos humanos son: la libertad, la seguridad y la igualdad, entendiendo que la seguridad abarca la protección a los derechos personales, como la propiedad, y la seguridad jurídica que debe otorgarle el Estado sus ciudadanos, mediante la emisión de leyes que protejan tales derechos individuales (p. 13).

En concordancia con el Art. 30, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prohíbe tajantemente, el uso del poder por parte del Estado o de algún grupo de personas, para tomar decisiones o ejecutar actos, que pretendan suprimir cualquiera de los derechos, y libertades consagradas en la mencionada Carta Magna.

Teniendo en cuenta los orígenes de la dignidad humana, tal y como refiere Cicerón, es una característica propia del hombre, por ser el único ser racional en la tierra, otorgándole así un carácter absoluto, en el mismo sentido, pero de manera más profunda y estudiada Kant plantea, que la dignidad se encuentra siempre ligada a la dimensión moral del ser humano, por ello la dignidad posee un valor absoluto, constituye un fin en sí mismo, que otorga a las personas un valor propio y que deberá siempre ser respetado por el Estado y por su comunidad.

Según la Constitución Italiana, la dignidad humana está íntimamente relacionada a las relaciones económicas y sociales, es decir que, así recalcan Garzón y Vásquez (2012):

Si bien es cierto la dignidad del hombre es un valor una característica natural y un valor intrínseco de cada persona, esta dignidad también cuenta con una dimensión social, consistente en desarrollar según sus posibilidades, actividades que sumen al progreso material y espiritual de una sociedad. (p. 25)

En Alemania de la post guerra, se concibe a la dignidad como una protección del ser humano, ante las conductas humillantes, tratos discriminatorios, o represalias del Estado, contra las personas, o con su patrimonio. Para Margalit (como se cita en, Garzón y Vásquez, 2012) propone el término de la sociedad decente, y para que una sociedad sea considerada como tal, debe estar formada por instituciones sociales y políticas, que no transgredan los derechos de los individuos y que promuevan el respeto por la dignidad de las personas que la conforman.

C) Fundamento filosófico de la propiedad

Antes de profundizar en los fundamentos, es preciso asignar un concepto desde un punto de vista filosófico a la propiedad, a diferencia de los criterios definitorios e interpretativos esbozados por el Tribunal Constitucional, en las sentencias antes señaladas.

El derecho a la propiedad privada o plena, es un derecho subjetivo, porque es un conjunto de facultades y libertades, que surgen a partir de un libre acuerdo de las partes y también porque permiten establecer relaciones jurídicas entre los particulares, incluso con el Estado, el derecho a la propiedad incluye, una pretensión, un deber u obligación con el bien, también una sujeción o un poder respecto del propietario sobre el bien, y supuesto un derecho, que a su vez contiene la facultad de libertad y disposición, que se tiene sobre el bien de su propiedad, en otras palabras, la propiedad abarca las pretensiones de uso, cada uno puedo decidir usarlo, o no usarlo incluso, transferir su uso a un tercero, mediante un contrato de arrendamiento, facultad de extinguir la propiedad mediante el abandono, de enajenar el bien a otra persona y también gozar de inmunidad, frente las eventuales confiscaciones, u proporciones del Estado o de terceros.

Ahora bien, en cuanto a la justificación propiamente dicha, cabe señalar que el reconocido pensador inglés Jhon Locke, consideraba que las personas tiene un auto control y un derecho de propiedad en sí mismos, es decir, que pueden decidir qué hacer con su vida, manteniendo un control sobre su cuerpo y su mente, conscientes de ello, muchos optan por trabajar, para adquirir objetos o cosas externas, por ende, las personas gozan

de un derecho moral, sobre el fruto de su trabajo, lo cual muchas veces se materializa en propiedades, este derecho a la propiedad, faculta a su dueño, la posibilidad de transferir a otras personas, mediante compra venta, donación o legado. El único límite que planteó Locke a la propiedad, es que, al momento de adquirirla, se debe dejar una cantidad suficiente para los demás, como se citó en Guido (sin fecha, p.7.)

Siguiendo la línea de Libertismo, que propugna el sistema capitalista (Pincione, 2015), la única posibilidad que planteaba Look, para la apropiación de la tierra, se resume en el siguiente ejemplo, si A decide labrar la tierra, arándola y sembrándola, este pedazo de tierra será de su dominio y propiedad, siempre y cuando dicho terreno se encuentre carente de dueño. Nozki, añade que también se puede realizar apropiaciones originarias sobre un bien, cuando en este o el mismo proporcionen recursos vitales para los demás, por ejemplo, el único estanque de agua, que provee de este recurso a un pueblo entero, no puede ser propiedad de una persona, ni constituirse un monopolio, sobre él, pese a que pueda dañar el derecho de propiedad de otra persona, porque el agua es un recurso vital para el ser humano, y en el caso planteado es el único para abastecer a la población.

Otro planteamiento, considera que, en un estado natural, todos los bienes son de todos, por ello condiciona la apropiación

privada de un particular, a cambio de compensar por ello a los demás. Esta compensación, podría traducirse en impuestos, o pago de derechos que se ejecutan actualmente al comprar un bien, una vez que estos impuestos se terminen de pagar, entonces el tercero adquiere total control de la propiedad y cualquier intervención estatal o social sobre ella, quedaría completamente desterrada, incluso en los casos en que haya minerales vitales.

El fundamento de la propiedad, también es explicado por los postulados filosóficos de Kant y Fichet, el primero parte del reconocimiento previo de un derecho natural, en este caso el reconocimiento de la propiedad, antes que la existencia del contrato social, por el contrario, Fichet, considera que el derecho a la propiedad solo podrá validarse y ser detentada, cuando esta haya sido legitimada y reconocida por el contrato social. Otra de las diferencias, es que, para Kant el Estado debe proporcionar garantías, para que los ciudadanos tengan la plena libertad de adquirir, vender, heredar o donar las propiedades que deseen, mientras que para Fichet, el individuo tiene la facultad de solicitar y exigir al estado, el derecho a la propiedad.

Desde el punto de vista ius racionalista, el individuo, es un ser libre por naturaleza y titular de varios derechos, inherentes a él, por su condición de tal, y para asegurar, proteger, regular y limitar

tales derechos, se conforma la sociedad civil, precisando que los límites de estos deben ser de manera excepcional, solamente cuando sea estrictamente necesario, con la finalidad de proteger a los derechos de la sociedad como tal. Estos preceptos conciben a la libertad individual, junto con propiedad, como un derecho subjetivo y abstracto, y describen a la propiedad como la realización exterior de la libertad del individuo, además crea la figura del sujeto propietario, quién será el encargado de recepcionar y gozar tanto de los derechos como de los deberes que otorgan las normas con respecto a la propiedad.

2.2.6. Derecho al Debido Proceso

Antes de ahondar en el contenido del debido proceso, es importante entender al proceso como una forma o mecanismo heterocompositivo de resolver conflictos, a cargo del Estado, ahora bien, este proceso debe cumplir con determinados estándares y garantías para que se convierta en un proceso justo, respetuoso del estado de derecho y sobre todo que garantice los derechos constitucionales de las personas que se sometan al mismo (Terrazos, 2017).

Este derecho se encuentra regulado en el Art. 139 de la Constitución Política del Perú, y según lo expresado por el Máximo Interprete la Constitución en las sentencia: 4730-2012, y la sentencia 23 – 2005 TC/AI, que con la finalidad de hacer del

proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, que son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional. El contenido esencial del debido proceso presenta dos acepciones: sustantiva y formal. (Tribunal Constitucional, 2005).

La parte formal hace referencia a las reglas y garantías estandarizadas que conforman el debido proceso, los más destacados son: el derecho a un juez natural, derecho a doble instancia, derecho a la motivación en las resoluciones judiciales, el derecho a defensa, el derecho a la publicidad de los procesos. Mientras que la acepción sustantiva, está relacionada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Y en caso de cualquier inobservancia o transgresión a las garantías o reglas antes mencionadas el máximo tribunal señala que el proceso se convierte en irregular, facultando a que la parte perjudicada pueda apelar y cuestionar la decisión judicial (Tribunal Constitucional, 2012).

Es importante aclarar que, todo este amplio contenido de garantías, desarrolladas en el párrafo precedente, deberá ser respetado y garantizado por el legislador al momento de promulgar las leyes; en consecuencia, todo el ordenamiento jurídico deberá estar en armonía con la constitución y los derechos fundamentales de las

personas, para evitar potenciales afectaciones a los derechos.

Además de ello debe tenerse en cuenta que el debido proceso en el área penal debe respetarse desde el inicio de la etapa de la investigación preliminar hasta la ejecución de un proceso penal, para que el investigado tenga la certeza de que su proceso realiza con la mayor transparencia, imparcialidad e independencia de las autoridades fiscales y judiciales (Campos, 2018). En relación a ello, el proceso en el Extinción de dominio, también deberían respetarse las garantías del derecho al debido proceso desde el inicio de las indagaciones a los requeridos, para que estos tomen conocimiento del proceso que se encuentra en su contra, y para que tengan la certeza de que dicha investigación se está realizando de manera transparente y objetiva.

A. Derecho a la defensa

Se encuentra regulado en Inc. 14 del Art. 139 de la Constitución Política del Perú, y se refiere al principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; además de ello este principio forma parte de las garantías que exige el derecho al debido proceso que se desarrolló anteriormente.

En esencia el derecho a defensa consiste en que investigado o imputado (según sea el estado del proceso) no debe quedar en indefensión, esto ciertamente implica que el investigado tenga

la opción de elegir el abogado defensor de su preferencia, de no ser así, queda a salvo el derecho de tener un abogado de oficio que defienda sus intereses; entonces el estado de indefensión se evidencia cuando al imputado se le atribuye la comisión de un delito, y se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, esto también se puede presentar durante todas etapas del proceso incluso en la fase de investigación y frente a cualquier tipo de procedimiento que pueda promoverse o realizarse contra una determinada persona; sin perjuicio de ello el estado de indefensión se presenta “En el seno de un proceso judicial cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos” (Hernández, 2012, p.2).

Además de ello, Hernández (2012) agrega que el derecho a la defensa este derecho comprende:

La oportunidad de alegar y probar procesalmente los derechos o intereses, que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente

con un intérprete o traductor si el inculpado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. (p. 3)

Al respecto el Tribunal Constitucional manifestó en la Sentencia 5871-2005-AA/TC, en el fundamento 13 y 14, que el derecho a la defensa se proyecta como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés. Menciona también que el respeto y la observancia del derecho a la defensa, es imprescindible para efectivizar a la idea de un debido proceso, que caracteriza al Estado constitucional de derecho en el que vivimos. En cuanto la naturaleza de este derecho, es inherente a su permanencia durante todo el proceso judicial o de cualquier otra materia, Incluyendo claro está al proceso de Extinción de dominio.

2.2.7. Derecho a la Presunción de Inocencia

Se encuentra consagrado en Art. 2, numeral 23, literal e) de la Constitución Política del Perú, estableciendo que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, de ello se desprende que la razón de ser de la noma radica en garantizar y asegurar jurídicamente el estatus o condición de inocencia que tiene una persona, mientras no existan pruebas suficientes capaces de destituir esta presunción mediante una resolución judicial (Castillo, 2014).

El derecho a la presunción de inocencia es una forma de establecer garantías para el investigado o imputado, frente al actuar punitivo del derecho penal.

En la Sentencia 01768-2009-PA/TC el Tribunal constitucional considera al derecho a la presunción de inocencia como fundamental, y teniendo en cuenta que todo derecho fundamental tiene doble carácter, esto quiere decir, que aparte de ser un derecho subjetivo, también es considerado como una institución objetiva, pues abarca ciertos valores, propios de un Estado constitucional de derecho. Sin perjuicio de ello, es importante recalcar que no todo derecho es absoluto, en ese sentido el derecho a la presunción de inocencia también es relativo, viéndose limitado en primer orden por un proceso judicial en el cual se haya probado la culpabilidad del imputado y en segundo lugar, por ciertas medidas cautelares como la prisión preventiva o detención preliminar, las cuales deberán ser válidamente sustentadas ante el órgano jurisdiccional competente.

Si bien el principio de presunción de inocencia, se aplica en el ámbito penal, para moderar el ius puniendi del Estado y solo podrá ser desvirtuado, cuando se presenten suficientes elementos de convicción durante el proceso para que el juez encuentre la culpabilidad del imputado, interpretando este principio de manera más extensiva, y llevando su aplicación a los delitos con aptitud

para generar ganancias económicas ilícitas, como el hurto, tráfico de drogas, minería ilegal, entre otros, probablemente con esas ganancias ilícitas hayan adquirido ciertos bienes; la consecuencia lógica de la aplicación del principio de presunción de inocencia sería que, mientras no haya sentencia firme y condenatoria por la comisión de alguno de los delitos antes mencionados, no se pueda decomisar los bienes, ganancias o efectos producto del delito; es decir, que mientras subsista la presunción de inocencia el Estado está impedido de decomisar los bienes o ganancias del investigado. Esta misma lógica debería aplicarse en los procesos de Pérdida de Dominio, como parte de las garantías que exige un estado Constitucional de Derecho en el que vivimos.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

2.3.1. Constitución Política del Perú

A efectos de la presente investigación, se ha creído conveniente desarrollar el artículo 139 de la Constitución que desarrolla el derecho a debido proceso, que engloba a los siguientes principios de la Administración de Justicia: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional a excepción del fuero militar y arbitral, el derecho al juez natural, a la motivación, publicidad de los procesos judiciales, derecho a la pluralidad de instancias, el principio de no ser sancionado ni penado sin haberse llevado un proceso judicial, el

principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el derecho a la defensa, entre otros,

Sin perjuicio de ello, es el derecho a la defensa, regulado en el inciso 14 del mencionado artículo, es el que permite conocer a procesados, las acusaciones formuladas en su contra, y de esta manera los procesados pueden formular sus descargos sobre ello, y presentar los respectivos medios de prueba que permitan respaldar sus afirmaciones, por tales motivos, el derecho a la defensa goza de un carácter fundamental, pues garantiza el cumplimiento de otros derechos fundamentales.

2.3.2. Código Penal

Con la finalidad de demostrar las hipótesis plantadas en la presente tesis, resulta pertinente desarrollar el artículo 102 del Código Penal, que regula la figura del decomiso de los bienes provenientes del delito, pero como una consecuencia accesoria de este último, el mencionado artículo faculta al juez penal, a decomisar los instrumentos usados para cometer el delito, al igual que los bienes efectos o ganancias, provenientes de actividades delictivas, sin perjuicio de que estos hayan sido, transformados, vendidos, o transferidos a terceras personas, inclusive cuando los bienes o ganancias de origen ilícito se hayan mezclado, con bienes de procedencia lícita, en este último caso, el juez penal ordenará el

decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados. Todo ello en virtud, de que el decomiso, determina el traspaso de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado, pues no fueron adquiridos de manera lícita.

2.3.3. Código Procesal Penal

Siguiendo con el articulado de las leyes penales, también se ha creído conveniente desarrollar el Art. 318 del código procesal penal, que positiviza lo concerniente a la incautación de bienes, ello con la finalidad de plasmar las diferencias y similitudes entre las figuras y categorías jurídicas, que proporcionan las leyes penales respecto al comiso, y la ley de Extinción de Dominio en el Perú.

2.3.4. Ley de Extinción de Dominio

Teniendo en cuenta que la presente investigación busca adecuar a la Ley de Extinción de Dominio, se necesita analizar todo el cuerpo normativo del D.L 1373 – 2019 pero, sobre todo atacar a la finalidad de la norma, los objetivos y la naturaleza de la misma, contemplados en los artículos 1, 2, y 3 de dicho cuerpo normativo.

Además de ello, también se puntualiza el análisis sobre el Capítulo II y Capítulo IV y el artículo 20 del D.L. 1373, el primero de ellos se encarga de regular las garantías procesales y la adopción de medidas limitativas de derechos, mientras que el Capítulo IV, establece todo lo relativo a la etapa de indagación del proceso de extinción de dominio, y el artículo 20,

porque este último se encarga de establecer el plazo de contestación de la demanda de extinción de dominio, presentada ante el juez competente, únicamente después de haberse concluido la investigación, evidenciando con ello, la transgresión al derecho constitucional del debido proceso.

Además, también se centraliza el estudio, del siguiente articulado: artículo 32 y 34, el primero porque regula los alcances de la sentencia de extinción de dominio, y en caso de declarar fundada la demanda, los bienes materia de investigación se transfieren en plazo de 24 horas a la administración del PRONABI, después de expedida la sentencia, y el Art. 35, porque menciona que, en el caso de que se desestime la demanda de extinción de dominio, se devolverán la titularidad de los bienes, y en el supuesto de que estos hayan sido subastados, se devolverá el valor equivalente a su propietario.

2.3.5. Legislación sobre el Lavado de Activos

Respecto a la regulación del decomiso, el Decreto Legislativo N. 1106, establece en su artículo 2, que el juez resolverá de acuerdo a los lineamientos establecidos para el decomiso en el artículo 102 del Código Penal, en concordancia con la segunda disposición final complementaria del referido cuerpo normativo.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente tesis tuvo como hipótesis: “Los fundamentos jurídicos para adecuar la ley Extinción de Dominio, al proceso penal ordinario son: a) la doble regulación en cuanto a los efectos del comiso de los bienes ganancias o efectos del delito y b) la transgresión del derecho al debido proceso, c) el derecho a la presunción de inocencia y d) el derecho el derecho a la propiedad.”, la misma que responde al problema: “¿Cuáles los fundamentos jurídicos para adecuar la ley de extinción de dominio al proceso penal ordinario?”.

Los métodos utilizados fueron, el método dogmático, el mismo que consistió en analizar la ley de extinción de dominio en el Perú, para llegar a establecer de manera crítica que en el fondo la ley de extinción de dominio sigue siendo una consecuencia accesoria del delito.

También se utilizó el método hermenéutico, porque ha permitido estudiar la evolución que ha tenido la figura de extinción de dominio en el Perú y en algunos países de Latinoamérica, y contexto al momento de su promulgación, además también se ha interpretado de manera literal la norma en cuestión, como punto de partida los preceptos normativos establecidos en la Ley de Extinción de Dominio

En ese sentido, los resultados de la presente investigación, teniendo en cuenta los objetivos específicos, son los siguientes:

3.1. Resultados

Teniendo en cuenta el objetivo: “Determinar la vulneración de la Extinción de Dominio, al derecho al debido proceso en su variante del derecho al contradictorio”, como resultados se evidencia que el derecho a la defensa se encuentra regulado de manera específica en el inciso 14, del Art. 139 de la Constitución y refiere que, ninguna persona debería ser privada del derecho a la defensa, en ninguna etapa del proceso, eso implica el deber de informar a los detenidos las razones de su detención, y el derecho que estos tienen para elegir un abogado defensor de su confianza, para asesorarlo en cualquier etapa del proceso. Esto garantiza y viabiliza la oportunidad que tienen los investigados y procesados de alegar, probar procesalmente los derechos, intereses, e incluso contradecir las imputaciones o alegaciones en su contra, que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con un interprete o traductor si el inculpado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. Todo ello con la finalidad de evitar poner a los procesados en estado de indefensión, puesto que una situación así conllevaría no solo a la emisión de sentencias injustas, sino también la vulneración de los derechos materiales que se encuentre solicitado el procesado.

En relación al segundo objetivo: “Explicación la transgresión del derecho a la presunción de Inocencia en el proceso de Extinción de Dominio” se

evidencia como resultados que, según la doctrina, el derecho el derecho a la presunción de inocencia es una garantía constitucional para limitar el poder estatal, en cuanto a la persecución y la sanción del delito, este derecho implica que todo procesado, deberá ser considerado inocente, mientras no se pruebe de manera, objetiva y contundente su culpabilidad, teniendo como consecuencia un estado jurídico de sospecha, durante toda la investigación, hasta que se culmine el proceso y se expida sentencia, condenatoria o absolutoria, justamente por ello, es considerada una presunción *es iuris tantum* es decir que cabe prueba en contrario. Este principio desarrollado en el seno del derecho penal, y teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del proceso de extinción de dominio, resulta claro que también debería aplicarse en él. Una vez explicada brevemente en que consiste el derecho a la presunción de inocencia, es preciso señalar, cuando se transgrede dicho principio, esto sucede cuando a una persona se lo trata como culpable, sin antes haber comprobado la veracidad de los hechos que se le imputan (Anónimo, 2013).

En función al tercer objetivo de la investigación, consistente en analizar la transgresión del proceso de extinción de Dominio al contenido esencial del derecho a la propiedad, se advierte los siguientes resultados. El contenido esencial del derecho a la propiedad es la facultad que tienen las personas de usar, disponer y gozar de sus bienes; mediante el ejercicio de estas facultades se manifiesta la libertad personal y económica que tienen todas las personas en un Estado social y democrático de derecho, razón por la

cual es considerado como un derecho Inviolable, por ende, el Estado tiene el deber de garantizarlo (Tribunal Constitucional, 2010). Una de las características más importantes del derecho a la propiedad es la inviolabilidad, esto significa: “La imposibilidad de vulnerar o transgredir el uso, goce y disposición de la misma, esta inviolabilidad es oponible a todos, tanto para los particulares y para el Estado, constituyéndose así en una garantía de indemnidad” (Gonzales, 2018, p. 3). En consecuencia, ni el Estado, ni los particulares pueden desconocer o transgredir el derecho a la propiedad, ello implica promulgar normas que promuevan su conservación o protección, y no leyes que permitan lo contrario, como es el caso de la ley de Extinción de Dominio en el Perú.

3.2. Contrastación de la hipótesis

3.2.1. Doble regulación en cuanto a los efectos del comiso de los bienes ganancias o efectos del delito

En la presente investigación, respecto al primer componente hipotético se verifica la existencia de una doble regulación, sobre el comiso de los bienes, ganancias o efectos del delito, porque el Art. 102 del Código Penal 1991, regula lo concerniente al decomiso, como una consecuencia accesoria del delito, al igual que el proceso de Extinción de Dominio, el decomiso también tiene la finalidad de enajenar los bienes que se hay utilizado para cometer delitos, o que sean producto de estos, bajo el fundamento

de que, las ganancias, bienes o fortuna que se hayan obtenidos a expensas de cometer delitos, por ende, los propietarios no están legitimados para ejercer la titularidad que otorga el derecho a la propiedad privada, justamente porque provienen de un origen ilícito, en virtud a ello, los bienes provenientes de la ilegalidad pasan a ser de titularidad del Estado.

En ese sentido, el Art. 102, menciona que deberán ser decomisados todos los efectos o ganancias del delito, sin importar las transformaciones que estos hayan tenido, al momento de darles una apariencia lícita, y cuando se decomisen bienes intrínsecos al delito, como, por ejemplo, drogas, dinero falso, medicinas adulteradas, el juez ordenará la destrucción de los mismos. Y cuando los bienes o ganancias de procedencia ilícita, se hayan mezclado con los bienes de procedencia lícita, se procederá solamente a decomisar el monto estimado que provenga de actividades delictivas.

El último párrafo del artículo, refiere que, si por diversos motivos los bienes o ganancias de procedencia ilícita hayan sido escondidos, exterminados, incluso consumidos, o transferidos, a un tercero de buena fe a título oneroso, el juez puede disponer el decomiso del bien de este tercero por un monto estimado a las ganancias ilícitas obtenidas.

Por su parte, la Ley de Extinción de Dominio, promulgada mediante el Decreto Legislativo 1373 – 2019, también tiene la finalidad de enajenar los bienes que se hayan utilizado para cometer delitos, o que sean producto de estos, tal y como se advierte en la exposición de motivos del mencionado cuerpo normativo, así como finalidad de la norma, los objetivos y la naturaleza de la misma, contemplados en los artículos 1, 2, y 3 de dicho cuerpo normativo; bajo el fundamento de que, las ganancias, bienes o fortuna que se hayan obtenido a expensas de cometer delitos, por ende, los propietarios no están legitimados para ejercer la titularidad que otorga el derecho a la propiedad privada, justamente porque provienen de un origen ilícito, en virtud a ello, los bienes provenientes de la ilegalidad pasan a ser de titularidad del Estado.

En virtud a ello, el Estado peruano denota un sinuoso desdén por tomar medidas políticas criminales contra el crimen organizado, lo cual no está mal, siempre y cuando estas medidas sean coherentes con todo el ordenamiento jurídico y no regulen los mismos supuestos; lo que a todas luces no sucede con la Ley de Extinción de Dominio, pues como se mencionó anteriormente, la conducta regulada, que vendría a ser el decomiso de los bienes, efectos o ganancias provenientes del delito ya se encontraba anteriormente normada en el artículo 102 del Código Penal.

Precisamente por esta razón, es necesario que la actual ley de extinción de dominio, sea adecuada al proceso penal ordinario, porque el tratamiento que éste último otorga a los procesados y a sus bienes, viene secundado por un proceso legítimo, y una amplia gama de derechos y garantías, fundamentados en los derechos humanos, más no en salvaguarda de la seguridad ciudadana y los derechos fundamentales de los investigados.

Después de lo mencionado anteriormente, y del análisis realizado en la presente investigación y en base a la exposición de motivos y al título preliminar de la ley en cuestión, no se ha logrado encontrar sustento alguno, tanto para la finalidad para la cual fue destinada, ni para la autodenomina naturaleza autónoma, por el contrario advierte que el verdadero motivo de su promulgación fue, la presión mediática y social, que repercutió directamente sobre los legisladores, para dictar la ley de extinción de dominio así como para adoptar otras medidas de sobre criminalización en el derecho penal, como por ejemplo, el incrementar las penas y también a la creación de nuevos delitos, algunos de ellos sí son realmente necesarios, pero el resto son tipos penales creados para congraciarse con la población, o para atraer votantes en su partido político. Debido a estas situaciones, es que el derecho penal y algunas leyes como la extinción de dominio, están siendo utilizadas como armas del poder político y económico. Además, se

suma la histeria colectiva de la población, quienes consideran al proceso penal y al aparato legislativo, como un mecanismo de sanción indiscriminada, a las garantías del proceso como un medio de impunidad y hasta de corrupción, dejando de lado la búsqueda de la verdad y el debido proceso, al que toda persona tiene derecho (Guardia, 2019).

3.2.2. Transgresión del derecho al debido proceso

La finalidad del debido proceso, es garantizar la objetividad en la contienda de intereses y pretensiones planteadas por las partes, en el proceso judicial, este derecho se encuentra consagrado en el Art. 123 de la Constitución Política del Perú, bajo la premisa de principios y derechos de la administración de justicia, los cuales vinculan de manera obligatoria a todos los operadores del derecho, y deben ser respetados en las instituciones del sector público como del privado.

Tiene dos dimensiones, una procesal o formal, y otra la sustantiva o sustancial, la primera está referida al conjunto a las etapas del proceso, formalidades y condiciones mínimas, sin las cuales no podría mantenerse el ejercicio de los derechos fundamentales, por ello la dimensión sustantiva opera como un instrumento, el cual permite garantizar la efectividad de los derechos fundamentales durante el proceso; a diferencia de la dimensión sustancial, que

tiene como norte lograr una decisión justa en los procesos. Es así que, Ambas dimensiones siempre deben ir de la mano, complementándose entre sí, y ante una eventual disgregación, se atendería contra el principio de justicia, sobre el cual fueron inspirados y desarrollados (Terrasos, 2010).

Respecto al contenido, se puede decir que el debido proceso en realidad es un derecho continente, pues alberga distintos principios y derechos, tales como: derecho a un juez natural, derecho a doble instancia, derecho a la motivación en las resoluciones judiciales, el derecho a defensa, el derecho a la publicidad de los procesos, derecho a cuestionar las resoluciones judiciales, siendo el más representativo a efectos de la presente investigación el derecho a defensa.

A cerca del derecho a la defensa se encuentra regulado de manera específica en el inciso 14, del Art. 139 de la Constitución y refiere que, ninguna persona debería ser privada del derecho a la defensa, en ninguna etapa del proceso, eso implica el deber de informar a los detenidos las razones de su detención, y el derecho que estos tienen para elegir un abogado defensor de su confianza, para asesorarlo en cualquier etapa del proceso.

De ello se desprende que el derecho a la defensa permite garantizar y viabilizar otros derechos, por ejemplo, la oportunidad

de alegar, probar procesalmente los derechos, intereses, e incluso contradecir las imputaciones o alegaciones en su contra, que sea informado de las razones de la detención, que sea informado oportunamente de la naturaleza de la acusación iniciada en su contra, que tenga acceso al expediente, archivos y documentos o las diligencias del proceso, que se disponga del tiempo y medios necesarios para preparar la defensa, que cuente con un intérprete o traductor si el inculcado no conoce el idioma del Tribunal, entre otros. Todo ello con la finalidad de evitar poner a los procesados en estado de indefensión, puesto que una situación así conllevaría no solo a la emisión de sentencias injustas, sino también la vulneración de los derechos materiales que se encuentre solicitados al procesado.

Ahora bien, en relación a la Ley de Extinción de Dominio y el derecho a la defensa, se tiene que el Artículo II del título preliminar, menciona los principios y criterios aplicables para el proceso de extinción de dominio, siendo uno de ellos, la aplicación de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, reconociendo expresamente, en el numeral 2.6, el derecho a la defensa, mismo que, a efectos de la mencionada ley, garantiza que el investigado, tenga conocimiento sobre el proceso de extinción de dominio que se está siguiendo en su contra, en cualquier etapa del proceso, para que tenga la posibilidad de ofrecer sus descargos.

Sin perjuicio de ello, más adelante en el capítulo IV, la misma ley, regula que en la etapa de indagación de la Extinción de Dominio, el fiscal especializado, este en un lapso de 12 meses, prorrogable como máximo hasta 36 meses, el fiscal debe recabar todos los medios probatorios necesarios para sustentar dicho proceso, entre ellos: solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria, reserva bursátil, y otras medidas que resulten pertinentes para los fines del proceso.

Una vez concluida la investigación, ésta solo puede tener dos alternativas, archivar el proceso, ya por ausencia de medios probatorios o porque los bienes, o el incremento patrimonial si tienen un origen y sustento lícito; y en caso de que prospere la investigación, el fiscal demandará ante el juez especializado, la extinción de dominio respecto de los bienes o las ganancias que provengan de un origen ilícito.

Si esta demanda cumple con todos los requisitos y presupuestos materiales, establecidos en el Art. 17 del Decreto Legislativo 1373, el juez competente la admite a trámite, y recién allí (después de haber concluido toda la etapa de investigación) se le corre traslado a la parte demandada para que efectúe sus descargos, en un plazo máximo de 30 días hábiles.

Entonces, la persona investigada a un proceso de pérdida de dominio no tiene conocimiento de dicha indagación, todo el tiempo que esta dure (de 12, a 36 meses como máximo), sino no tiene conocimiento sobre ello, no puede ejercer su derecho a defenderse y a contradecir dichas afirmaciones, es decir que se presenta un estado de indefensión, en consecuencia, se vulnera el derecho a la defensa, por ende también se transgrede, material y fácticamente, el derecho al debido proceso, reconocido el Art. 139 de la Constitución Política del Perú.

Este escenario vulneratorio del derecho al debido proceso, que afecta específicamente al derecho de contradictorio de cada imputado, no podría darse si se adecua la extinción de dominio al proceso penal ordinario, porque en él se considera decomiso de los bienes o ganancias provenientes del delito, como una consecuencia accesoria a este mismo, ello significa que, si para decomisar un bien que se presume ilícito, su propietario tendría primero que haber afrontado una investigación fiscal, donde el procesado desde un inicio tiene conocimiento de los hechos que están formulando en su contra y la razón de la investigación, para poder contradecir oportunamente tales imputaciones, y si fuere se diera el caso el fiscal procederá a formalizar su acusación, y seguir su curso en la etapa judicial, en la cual el juez garantiza la acción probatoria de ambas partes, y solamente si se lo condena

por la comisión de algún delito que le haya permitido enriquecerse de manera ilícita, se tendrá la certeza absoluta de que los bienes o ganancias si tiene procedencia ilegal, y proceder con el decomiso de los mismos, pero siempre en el marco del proceso penal ordinario, porque solo así se llevarán a cabo todas las etapas procesales y las garantías del debido proceso.

3.2.3. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia, Se encuentra consagrado en la Constitución Política del Perú, en Art. 2, numeral 23, literal e) de la Constitución Política del Perú, establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, de ello se desprende que la razón de ser de la norma radica en garantizar y asegurar jurídicamente el estatus o condición de inocencia que tiene una persona, mientras no existan pruebas suficientes capaces de destituir esta presunción mediante una resolución judicial. También es considerado como una forma de establecer garantías para el investigado o imputado, frente al actuar punitivo del derecho penal.

Si bien el principio de presunción de inocencia, se aplica en el ámbito penal, para moderar el ius puniendi del Estado y solo podrá ser desvirtuado, cuando se presenten suficientes elementos de

convicción durante el proceso para que el juez encuentre la culpabilidad del imputado, interpretando este principio de manera más extensiva, y llevando su aplicación a los delitos con aptitud para generar ganancias económicas ilícitas, como el hurto, tráfico de drogas, minería ilegal, entre otros, probablemente con esas ganancias ilícitas hayan adquirido ciertos bienes; la consecuencia lógica de la aplicación del principio de presunción de inocencia sería que, mientras no haya sentencia firme y condenatoria por la comisión de alguno de los delitos antes mencionados, no se pueda decomisar los bienes, ganancias o efectos producto del delito; es decir, que mientras subsista la presunción de inocencia el Estado está impedido de decomisar los bienes o ganancias del investigado. Esta misma lógica debería aplicarse en los procesos de Pérdida de Dominio, como parte de las garantías que exige un estado Constitucional de Derecho en el que vivimos.

Si bien es cierto, este principio normalmente ha sido concebido y desarrollado en el marco del derecho penal, no se debe dejar de lado la manifestación de la Corte Interamericana al respecto, esto es que, la presunción de inocencia no solamente se debe aplicar al ámbito penal, sino también en sede administrativa y jurisdiccional, esto implica que las personas o investigados deben ser tratados como no autores de los hechos formulados en su contra, que como se precisó anteriormente, no necesariamente

tienen que ser delictivos. Por esto se requiere que el Estado, ya sea mediante un juez, un fiscal o cualquier autoridad pública, que no se condene ni formal, ni socialmente a una persona, mientras no se acredite fehacientemente su participación en un hecho delictivo o en alguna actividad ilegal.

Este fundamento humanista esbozado por Corte Interamericana, no solo desvirtúa cualquier tipo política criminal adoptada por los Estados, en post de la seguridad ciudadana y en detrimento de los derechos personales del investigado; sino que también exige a los estados que las políticas públicas, las instituciones jurídicas y los operadores de justicia, brinden a los investigados un trato neutral, hasta que se demuestre su culpabilidad. Esto significa que, si se persiste en la “naturaleza autónoma de la ley de extinción de dominio”, igual debería prevalecer el principio de presunción de inocencia en los investigados; sin embargo, por las razones expuestas a continuación.

Ahora bien, considerando que el proceso de extinción de dominio en realidad es de naturaleza penal y no autónoma como se lo ha establecido en el Decreto Legislativo N. 1373, es de asegurar que precitado cuerpo normativo vulnera el principio a la presunción de inocencia por las siguientes razones, primero porque según está ley, antes de que se emita sentencia definitiva se puede disponer de los bienes, por ejemplo con el arrendamiento o subasta, y, en

caso de que en segunda instancia se absolviera al imputado de los cargos formulados en su contra, se procederá a devolver al imputado la cantidad de dinero obtenida por el bien, en este supuesto estipulada por la ley en la cuarta disposición complementaria.

Se evidencian acciones estatales que dé ante mano, es decir que, sin haber obtenido una sentencia firme por la instancia correspondiente, se disponen de los bienes del investigado, porque como ya se ha sometido a investigación por el proceso de pérdida de dominio, se presume que los bienes son de procedencia ilícita y por ende también se presume su culpabilidad hechos delictivos que le hayan permitido obtener esos bienes o generar las ganancias por las que está siendo investigado.

La segunda razón por la que, la ley de Extinción de dominio vulnera el principio de presunción de inocencia, es porque pese a mantener la naturaleza procesal penal, en donde la carga de la prueba se le atribuye al ministerio público, el Art 20 de dicho cuerpo normativo, establece que el requerido contestará la demanda formulada por el Ministerio Público, ofreciendo los medios probatorios que crea conveniente para acreditar la licitud de sus bienes, dejando así la carga de la prueba como responsabilidad del investigado, esto significa que ahora, le corresponderá al afectado por la investigación, probar su

inocencia, mediante la acreditación de la licitud de sus bienes, y si no lo hace, el Estado procederá extinguir el derecho de propiedad de sus bienes. Esta inversión de la carga de la prueba en un proceso que a todas luces mantiene su naturaleza penal, pese a que la ley lo autodenomine con naturaleza autónoma sin razón alguna, definitivamente atenta contra el derecho a la presunción de inocencia y de propiedad.

Si bien el principio de presunción de inocencia, se aplica en el ámbito penal, para moderar el ius puniendi del Estado y solo podrá ser desvirtuado, cuando se presenten suficientes elementos de convicción durante el proceso para que el juez encuentre la culpabilidad del imputado, interpretando este principio de manera más extensiva, y llevando su aplicación a los delitos con aptitud para generar ganancias económicas ilícitas, como el hurto, tráfico de drogas, minería ilegal, entre otros, probablemente con esas ganancias ilícitas hayan adquirido ciertos bienes; la consecuencia lógica de la aplicación del principio de presunción de inocencia sería que, mientras no haya sentencia firme y condenatoria por la comisión de alguno de los delitos antes mencionados, no se pueda decomisar los bienes, ganancias o efectos producto del delito; es decir, que mientras subsista la presunción de inocencia el Estado está impedido de decomisar los bienes o ganancias del investigado. Esta misma lógica debería aplicarse en los procesos

de Pérdida de Dominio, como parte de las garantías que exige un estado Constitucional de Derecho en el que vivimos.

Por las razones antes expuestas, se advierte la vulneración al principio de presunción de inocencia, que sufren los investigados en el proceso Extinción de Dominio, esto ciertamente no sucedería si se adecuaría tal institución al proceso penal ordinario, puesto que en él se llevaría primero una investigación fiscal y un proceso judicial por la comisión de algún delito con aptitud para generar ganancias económicas ilícitas, y solamente cuando se demuestre su culpabilidad y participación en los delitos atribuidos por el Ministerio Público, el juez ordenará la condena del imputado, y de manera accesoria el decomiso de sus bienes, porque no existe duda de su procedencia ilícita.

3.2.4. El derecho el derecho a la propiedad

Dentro del marco constitucional de derecho, es importante destacar la presencia del derecho a la propiedad, según lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N. 3258-2010-PA/TC Amazonas, el contenido esencial del derecho a la propiedad es la facultad que tienen las personas de usar, disponer y gozar de sus bienes; otro argumento importante esbozado por el máximo tribunal es el de vincular al derecho de propiedad con la libertad personal, pues mediante él se manifiesta la libertad económica que tienen todas las personas en un

Estado social y democrático de derecho, razón por la cual es considerado como un derecho Inviolable, y por ende, el Estado tiene el deber de garantizarlo (Tribunal Constitucional, 2010).

Teniendo como características principales, a) la plenitud del derecho, es decir el conjunto de atribuciones que ostenta el titular, para ejercer autónomamente su derecho, respetando los límites impuestos por las leyes, y los derechos de los demás; también considerando a la propiedad como b) un derecho irrevocable, pues su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política (Tribunal Constitucional).

Otra de característica del derecho a la propiedad es la inviolabilidad esto significa “La imposibilidad de vulnerar o transgredir el uso, goce y disposición de la misma” (García, 1998, p. 133). “Esta inviolabilidad es oponible a todos, para los particulares y para el Estado, constituyéndose así en una garantía de indemnidad (Gonzales, 2018, p. 3)”. En consecuencia, ni el Estado, ni los particulares pueden desconocer o transgredir la propiedad.

Como se verifica de los párrafos precedentes, la propiedad es un derecho constitucional, que se encuentra ligado con la libertad personal y su única forma de extinción dependerá del titular, en ese

sentido, el Estado debe garantizar el respeto por este derecho y todas las leyes que puedan afectarlo limitarlo deberán promulgarse respetando el contenido esencial del derecho a la propiedad, y no por presiones sociales o medidas populistas que puedan acarrear eventuales repercusiones y afectaciones en el derecho a la propiedad, como es el caso de la ley de Extinción de Dominio.

A. La propiedad como un derecho humano

El derecho a la propiedad, se encuentra regulado y protegido en el Art. 70 de la Constitución Política del Perú, además de ello también está reconocida como un derecho humano en el Art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se la consigna como un derecho fundamental del ser humano, bajo las siguientes consideraciones: toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectiva, por consecuencia, nadie podrá ser privado arbitrariamente de este derecho.

En ese sentido, es preciso señalar que los derechos humanos son una característica propia o intrínseca del ser humano, son inherentes a cada persona por su condición, su propia naturaleza y por su dignidad, descartando así la idea de considerarlos como una gracia concedida por la sociedad política. Por este motivo el Estado, debe otorgar protección formal, a las personas para que puedan ejercer sus libertades, el derecho a la igualdad,

participación política y todos los demás derechos que permitan ejercer el desarrollo integral de las personas; y en el caso de que se atente contra estas prerrogativas, el Estado también deberá sancionar cualquier situación que atente o que ponga en riesgo lo antes mencionado.

Teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas, de lo que se ha investigado se advierte que la Ley de extinción de dominio vulnera el derecho a la propiedad privada, porque resumiendo el Art. 7 de la misma ley, cualquier persona puede ser sometida a investigación, en un proceso secreto de extinción de dominio, siempre y cuando se traten de bienes o ganancias de procedencia ilícita, o en los casos donde el incremento patrimonial de los investigados, no se justifica de acuerdo a sus ingresos, por un plazo de 12 meses como máximo, y de 36 meses cuando sea un caso complejo, y en caso de que el fiscal lo considere necesario, procederá a formular la demanda de extinción de dominio, contra el investigado, ante el juzgado correspondiente, para seguir el proceso establecido por la ley. Sin embargo, en el último párrafo de la cuarta disposición final complementaria, se permite la subasta de bienes decomisados, antes de la conclusión del proceso; esto significa que aun cuando no exista sentencia firme, ni siquiera en primera instancia, se puede disponer de los bienes del investigado mediante subasta, qué sucederá entonces

si subastado el bien y terminado el proceso se demuestra la licitud del bien, pues se vulnera directamente el derecho a la libertad, por parte de un ente que debería protegerlo, en este caso el Estado mismo, lesiona el contenido esencial del derecho a la propiedad, porque el propietario ya no podrá disfrutar, disponer, enajenar ni vender el bien, el cual muchas veces constituye el esfuerzo y el trabajo de las personas para poder adquirirlo.

Es así que con la Ley de Extinción de Dominio el Estado peruano, desconoce completamente el Art. 30, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prohíbe tajantemente, el uso del poder por parte del Estado o de algún grupo de personas, para tomar decisiones o ejecutar actos, que pretendan suprimir cualquiera de los derechos, y libertades consagradas en la mencionada Carta Magna. Soslayando el deber de garantizar el respeto por el derecho a la propiedad, escudando su accionar en la lucha contra el crimen organizado y el discurso de la seguridad ciudadana, cuando en realidad la promulgación de normas como la Extinción de Dominio son medidas populistas, que obedecen a presiones sociales y mediáticas para consagrarse con la población.

Por último, se debe dejar en claro que este supuesto transgresor del derecho a la propiedad, no se presentaría, si es que, la figura fuese adecuada el proceso penal ordinario, porque allí solamente

se decomisaría y dispondría de los bienes incautados, cuando se haya demostrado la culpabilidad del propietario en la participación hechos delictivos con aptitud para generar ganancias delictivas, por ende, no quedaría duda alguna de que los bienes o ganancias, provienen o son efectos de las actividades ilícitas que cometía su propietario, y solamente allí el Estado si queda legitimado para declarar la extinción de dominios sobre estos bienes.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

En el presente capítulo se formulará una propuesta normativa para la adecuación de la Ley de Extinción de Dominio al proceso penal ordinario, esta fórmula legislativa cuenta con los siguientes apartados: primero se desarrollará de manera puntual y precisa las razones de por qué resulta necesario adecuar el precitado cuerpo normativo, al proceso penal. Segundo se plasmará el texto específico de la propuesta normativa, que tiene por finalidad adecuar la ley de extinción de dominio al proceso penal ordinario, sobre la regulación del PRONABI en el proceso penal Ordinario, Cuadro Resumen.

4.1. Exposición de Motivos

El Decreto Legislativo N. 1373-2018 que regula el proceso de extinción de dominio en el Perú, debería ser adecuada al proceso penal ordinario por las siguientes razones: Existe una doble regulación, sobre el comiso de los bienes, ganancias o efectos del delito, porque el Art. 102 del Código Penal 1991, regula lo concerniente al decomiso de los bienes provenientes de actividades ilícitas, como una consecuencia accesoria del delito; en el mismo sentido el proceso de Extinción de Dominio, también tiene la finalidad de enajenar los bienes que se hayan utilizado para cometer delitos, o que sean producto de estos, bajo el fundamento de que las ganancias, bienes o fortuna obtenidos a expensas de cometer delitos, por ende, los propietarios no están legitimados para ejercer la titularidad que

otorga el derecho a la propiedad privada, justamente porque provienen de un origen ilícito, en virtud a ello, los bienes provenientes de la ilegalidad pasan a ser de titularidad del Estado.

En ese sentido, el Art. 102, menciona que deberán ser decomisados todos los efectos o ganancias del delito, sin importar las transformaciones que estos hayan tenido, al momento de darles una apariencia lícita, y cuando se decomisen bienes intrínsecos al delito, como, por ejemplo, drogas, dinero falso, medicinas adulteradas, el juez ordenará la destrucción de los mismos. Y cuando los bienes o ganancias de procedencia ilícita, se hayan mezclado con los bienes de procedencia lícita, se procederá solamente a decomisar el monto estimado que provenga de actividades delictivas. El último párrafo del artículo, refiere que, si por diversos motivos los bienes o ganancias de procedencia ilícita hayan sido escondidos, exterminados, incluso consumidos, o transferidos, a un tercero de buena fe a título oneroso, el juez puede disponer el decomiso del bien de este tercero por un monto estimado a las ganancias ilícitas obtenidas.

Por su parte, la Ley de Extinción de Dominio, promulgada mediante el Decreto Legislativo 1373 – 2018, también tiene la finalidad de enajenar los bienes que se hayan utilizado para cometer delitos, o que sean producto de estos, tal y como se advierte en la exposición de motivos del mencionado cuerpo normativo, así como finalidad de la norma, los objetivos y la naturaleza de la misma, contemplados en los artículos 1, 2, y 3 de dicho cuerpo normativo; bajo el fundamento de que, las ganancias, bienes o

fortuna que se hayan obtenido a expensas de cometer delitos, por ende, los propietarios no están legitimados para ejercer la titularidad que otorga el derecho a la propiedad privada, justamente porque provienen de un origen ilícito, en virtud a ello, los bienes provenientes de la ilegalidad pasan a ser de titularidad del Estado.

Otro motivo, por el cuál debería adecuarse la ley de Extinción de Dominio al Proceso Penal Ordinario, es por la vulneración a derechos fundamentales que esta propicia, tal es el caso de la vulneración al derecho a presunción de inocencia, al derecho a la propiedad, y la trasgresión al derecho al debido proceso, en su variante del contradictorio, porque no se justifica el secretismo de tal investigación, tan es así, que en la etapa de indagación de la Extinción de Dominio, el fiscal especializado en un lapso de 12 meses, prorrogable como máximo hasta 36 meses, el fiscal debe recabar todos los medios probatorios necesarios para sustentar dicho proceso, entre ellos: solicitar al juez el levantamiento del secreto bancario, secreto de las comunicaciones, reserva tributaria, reserva bursátil, y otras medidas que resulten pertinentes para los fines del proceso. Todo ello sin que el investigado tenga conocimiento alguno, sobre la investigación que se sigue en su contra. Solamente cuando el fiscal especializado en pérdida de dominio decide denunciar formalmente ante el juzgado, es cuando el investigado toma conocimiento de esta investigación, y tiene el plazo de 30 días para responder la demanda, para acreditar que los bienes objeto de indagación si son de procedencia lícita, aparentemente se respeta el

derecho a la defensa, pero debe de tenerse en cuenta que la regla general para los procesos e investigaciones es la publicidad, salvo excepciones debidamente sustentadas por la ley; sin embargo, el proceso de estación de dominio hace de la excepción, la regla general.

4.2. Propuesta legislativa para la adecuación de la Ley de Extinción de dominio al proceso penal ordinario

Texto Actual	Texto Modificado
<p>Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito</p> <p>El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo N. 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.</p> <p>El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente</p>	<p>Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito</p> <p>El juez, de manera accesoria al proceso penal, una vez se haya emitido sentencia condenatoria, resuelve el decomiso de:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bienes que constituyen objeto de actividades ilícitas: todos aquellos sobre los que recayeron o recaen o actividades ilícitas. Los cuáles serán destruidos. - Bienes que constituyen instrumento de actividades ilícitas: todos aquellos que fueron o son utilizados como medios, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para la comisión de actividades ilícitas. - Efectos o ganancias de actividades ilícitas: todos aquellos bienes que son resultado directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas. Incluyendo las transformaciones que estos

<p>delictivos, los que serán destruidos.</p> <p>Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.</p> <p>Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.</p>	<p>hubieren podido experimentar</p> <p>En caso de que de que dichos bienes pertenezcan a terceros, no procederá el decomiso siempre y cuando, se demuestre el desconocimiento de los propietarios sobre el uso ilícito de dichos bienes.</p> <p>Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.</p> <p>Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón atribuible al autor o partícipe, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto</p>
--	--

	<p>equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.</p> <p>Los bienes, serán recepcionados, custodiados, conservados, administrados, arrendados o vendidos en subasta pública, al Programa Nacional de Bienes Incautados, PRONABI.</p>
--	---

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

- a) Ley de Extinción de Domino, transgrede el derecho al debido proceso en su variante del contradictorio, porque no se le corre traslado al sujeto investigado desde el primer momento procesal, que vendría a ser la etapa de indagación, aparte de ello el plazo para responder la demanda (10 días) es insuficiente, en comparación al plazo de 12 meses (prorrogable hasta 36 meses) que tiene todo el equipo técnico de las fiscalías especializadas, para determinar el patrimonio de una persona proviene de fuentes ilícitas. Todo esto impide al investigado conocer oportunamente las investigaciones e imputaciones que se siguen en su contra.

- b) El proceso de Extinción de Dominio, transgrede el derecho a la presunción de inocencia porque, la misma ley trata al investigado como culpable, antes de que esto haya sido demostrado, ello se evidencia con la facultad otorgada al PRONABI, para la disposición de los bienes decomisados (incluyendo la subasta), por el solo hecho de que su titular se encuentra procesado por extinción de dominio, antes de que se emita sentencia de primera instancia.

- c) La transgresión del proceso de extinción de dominio, al contenido esencial del derecho a la propiedad, se manifiesta cuando el Estado de manera autoritaria, se apropia de los bienes del investigado, e impide al titular, el ejercicio las facultades que permite el derecho a la propiedad

sobre los bienes, antes que se demuestre en juicio, origen ilícito de dichos bienes

- d) En la legislación peruana existe doble regulación, respecto los bienes o ganancias, provenientes de actividades ilícitas, porque la Ley de Extinción de Dominio regula todo el proceso concerniente a la investigación, el decomiso de los bienes y ganancias provenientes del delito, del mismo modo, el Art. 102 Código Penal considera al decomiso como una consecuencia accesoria al delito, por ello faculta al juez penal para el decomiso de los bienes objeto del delito y las ganancias provenientes de actividades delictivas.

RECOMENDACIONES

- a) Se recomienda a los legisladores, que asuman con responsabilidad la tarea de legislar, que cumplan con garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos en concordancia con los tratados internacionales suscritos por el Perú, con la finalidad de que las normas emitidas no vulneren derechos fundamentales de los investigados, como en el caso del proceso de Extinción de Dominio.

- b) Se recomienda a los próximos investigadores, que deseen estudiar aspectos relacionados a la extinción de dominio, que versen sus estudios en medir la efectividad de esta ley, para poder conocer si la razón de ser esta política criminal está teniendo los resultados deseados, o si en realidad es una medida populista adoptada por el Estado.

- c) Se sugiere a los legisladores que antes de adoptar alguna política criminal contra la delincuencia, mediante la promulgación de leyes como la Extinción de Dominio, se realicen estudios criminológicos serios, para combatir desde sus orígenes a la criminalidad organizada en el Perú.

LISTA DE REFERENCIAS

- Anónimo. (2016). La Investigación Explicativa. *El Pensante [versión electrónica]*. Bogotá, Colombia: E-Cultura Group, [Ohttps://educacion.elpensante.com/la-investigacion-explicativa/](https://educacion.elpensante.com/la-investigacion-explicativa/)
- Breña, H. (2016). Delincuencia Común y la Seguridad Ciudadana en el Perú: Políticas de Control de Prevención. *Repositorio Institucional Universidad de Lima*. Recuperado de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/3386>
- Campos, B. (18 de diciembre de 2018). Debido Proceso en la Justicia Peruana. *Legis.pe*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/debido-proceso-justicia-peruana/>
- Castillo, P. (2014). Significados del Principio de Presunción de Inocencia. *Trabajador Judicial Produciendo*. Recuperado de <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/el-principio-de-presuncion-de-inocencia-sus-significados/>
- Anónimo. (13 de abril de 2013). Presunción de Inocencia. *Conceptos Jurídicos.com*. Recuperado de <https://www.conceptosjuridicos.com/presuncion-de-inocencia/>
- Ferrajoli, L. (2002). Positivismos crítico, derechos y democracia. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía de Derecho*. Recuperado de <https://philpapers.org/rec/FERPCD>
- Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista*. Roma: Universidad de Roma.

- García, T. (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana*. Lima, Perú: Fondo de Desarrollo.
- Gemmell, M. A. (2007). *Que son los derechos Humanos. Evolución Histórica*. Guatemala: Universitaria.
- Gonzales, B. (2018). Teoría General de la Propiedad y el Derecho Real. *Gaceta Jurídica* , 3.
- González, P. (2018). Puede la Investigación Jurídica considerarse científicamente válida - La Argumentación como criterio de Validez. *Ciencia Jurídica* , 41.
- Guardia, A. (04 de marzo de 2019). Cuál es la finalidad del proceso penal. *Legis.pe*. Recuperado de <https://lpderecho.pe/finalidad-proceso-penal-arsenio-ore-guardia/#:~:text=Las%20finalidades%20del%20proceso%20penal&text=El%20proceso%20penal%20puede%20tener,el%2>
- Hernández, R. (2012). El Derecho a la Defensa. *Revista Jurídica de la Universidad Pedro Ruíz Gallo*, 2-5.
- INEI, E. . (2014). *Encuesta Nacional de Programas Estratégicos* . Lima .
- López, A. G. (2017). Indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel sub nacional en el Perú . *Ojo Público*, 5-16.
- Mendoza, A. C. (2020). Metodología de la Investigación Jurídica., (pág. 6). Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- Moreno, R. (2007). El Modelo Garantista de Ferrajoli. Lineamientos Generales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7-10.
- Neyra, S. (2017). Tesis. *El Delito de Lavado de activos en el Proceso de Pérdida*

de Dominio. Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Lima, Perú.

ONU. (25 de junio de 2018). Día Internacional contra el uso indebido del Tráfico Ilícito de Drogas. *Noticias ONU*. Recuperado de <https://news.un.org/es/tags/narcotrafico-0/date/index.html>

Peña, C. (2009). *Tráfico Ilícito de drogas y delitos conexos*. Lima, Perú. Juristas Editores.

Peruanos, I. d. (2019). *Encuesta sobre los Principales Problemas en el Perú*. Perú

Pincione, G. (Sin Fecha). *Filosofía de la propiedad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (3)..

Proceso de Inconstitucionalidad, 23 (Tribunal Constitucional 26 de octubre de 2005).

PRONABI. (2019 de Agosto de 2019). Manual de Operaciones del Programa Nacional de Bienes Incautados. *PRONABI*. Recuperado de <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2017/Junio/22/RM-0148-2017-JUS.PDF>

Rodríguez, D. (17 de septiembre de 2020). *Investigación básica: características, definición, ejemplos*. Obtenido de Lifer: <https://www.lifeder.com/investigacion-basica/>

Sentencia del Tribunal Constitucional, 1768 (Tribunal Constitucional 02 de junio de 2009).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 3258 (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2010).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 4730 (Tribunal Constitucional 12 de abril de 2012).

Shack, N. (26 de abril de 2019). Contraloría: Corrupción le cuesta al país alrededor de S/17 mil millones al año. *La República*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/peru/contraloria-corrupcion-le-cuesta-pais-alrededor-s-17-mil-millones-ano-noticia-624980-noticia/?ref=ecr>

SUCAMEC. (2014) ¿Qué es la SUCAMEC?. SUCAMEC. Recuperado de <https://www.sucamec.gob.pe/web/index.php/que-es-la-sucamec/>

Tantaléan, O. R. (2016). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 3.

Terrasos, J. R. (2010). El Debido Proceso y sus Alcances en el Perú. *PUCP*, 5.

Terrazos, P. (2017). El Debido Proceso y sus Alcances en Perú. *Derecho y Sociedad*, 162.

UNODOC. (2010). *Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*.
Obtenido de <file:///C:/Users/LENOVO/Documents/Maestr%C3%ADa/Delincuencia%20Organizada%20Transnacional.%20Econom%C3%ADa%20Illegal%20mundializada.pdf>

Varsi, R. E. (2019, 24 de enero). Las características del derecho de propiedad. *Gaceta Jurídica Civil*. Recuperado de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7987/Varsi_derecho_propiedad.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vásquez, E. G. (2012). *El Principio de la Dignidad Humana*. México : Fontana S.A.