

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA



**El estado de derecho en los procesos de lavado de activos frente al
procedimiento de incautaciones y pérdida de dominio**

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y
Ciencia Política**

Investigador:

Mg. Díaz Llanos, José Luis

Asesor:

Dr. Lamadrid Ubillus, Alejandro

Lambayeque, 16 marzo de 2023

El estado de derecho en los procesos de lavado de activos frente al procedimiento de incautaciones y pérdida de dominio



Mg. José Luis Díaz Llanos

Tesista

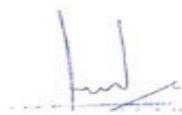


Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus

Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Aprobado por:



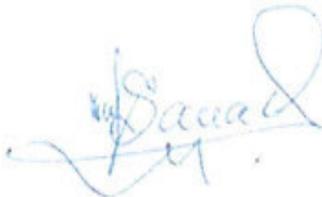
Dr. Amador Mondoñedo Valle

Presidente del Jurado



Dr. Ezequiel Chávarri Correa

Secretario del Jurado



Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez

Vocal del Jurado

Dedicatoria

A mi madre, esposa e hijas, por su inmenso amor y por estar siempre pendientes de mi persona, por quienes lucho día a día por ser mejor profesional y mejor persona.

Agradecimiento

A los docentes del Doctorado en Derecho y Ciencia Política de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, que con sus sabias enseñanzas hicieron posible la culminación de mi tesis.

A mi asesor el Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus, quien, con sus orientaciones, hizo posible la culminación del informe final de mi tesis.

Índice General

Índice General.....	v
Resumen	x
Abstract.....	xi
Introducción.....	12
1. Capítulo I: Diseño Teórico	15
1.1. Antecedentes.	15
1.2. El Estado Constitucional de Derecho	16
1.2.1. Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho	16
1.2.2. Características o rasgos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico como elementos del Estado Constitucional.....	21
1.2.2.1. Rigidez constitucional.....	21
1.2.2.2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.....	22
1.2.3. La fuerza vinculante de la Constitución.....	22
1.2.3.1. La sobre interpretación de la Constitución	23
1.2.3.2. La aplicación directa de las normas constitucionales	23
1.2.3.3. La interpretación conforme de las leyes	24
1.2.4. El Garantismo jurídico	25
1.2.4.1. Garantismo como paradigma de estado de derecho.....	25
1.2.4.2. Garantismo como propuesta de teoría general del derecho	27
1.2.4.3. Garantías del modelo garantista.....	27
1.3. El derecho de propiedad en el ámbito constitucional.....	29
1.3.1. Aspectos conceptuales	29

1.3.2.	La propiedad en los instrumentos jurídicos internacionales	30
1.3.2.1.	La Propiedad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	30
1.3.2.2.	La propiedad en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre	31
1.3.2.3.	La propiedad en la Convención Americana de Derechos Humanos.....	31
1.3.2.4.	La propiedad en el Convenio 169° de la Organización Internacional de Trabajo	31
1.3.3.	El derecho de propiedad en la jurisprudencia	32
1.3.4.	Elementos de la propiedad	34
1.3.4.1.	Sujeto o titular.....	34
1.3.4.2.	Objeto.....	34
1.3.4.3.	La relación jurídica	34
1.3.5.	La propiedad en la Constitución Política de 1993	34
1.4.	El delito de lavado de activos.....	35
1.4.1.	Contexto social en que se enmarca el lavado de activos	35
1.4.2.	Denominaciones distintas y definición del lavado de activos	36
1.4.3.	Fases o etapas del lavado de activos	38
1.4.3.1.	Fase de colocación	38
1.4.3.2.	Fase de intercalación.....	39
1.4.3.3.	Fase de integración en cuanto a su origen	39
1.4.4.	El lavado de activos desde la teoría del delito	40
1.4.4.1.	Tipicidad	41
1.4.4.2.	Sujeto activo.....	41
1.4.4.3.	Sujeto pasivo.....	42

1.4.4.4. Bien jurídico.....	42
1.4.4.5. Objeto material del delito.....	43
1.4.4.6. Tipo subjetivo	44
1.4.4.7. Antijuricidad	46
1.4.5. Modalidades atenuadas de lavado de activos.....	47
1.4.5.1. Cuando el valor de los activos no es superior a cinco unidades de imposición tributaria.....	47
1.4.5.2. Cuando el agente proporciona información eficaz para evitar consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, incautar los activos ilícitos.....	47
1.4.6. Modalidades agravadas del Lavado de activos	47
1.4.6.1. Que el agente utilice y se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.	47
1.4.6.2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal ..	48
1.4.6.3. El valor de los activos es superior al equivalente a quinientas (500) unidades impositivas tributarias (UIT)	48
1.4.6.4. Los activos provienen de la minería ilegal, TID, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.	48
1.4.7. Autonomía del delito de lavado de activos y el rol asumido por el delito fuente.....	49
1.4.7.1. Tesis que deniega la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos.....	49
1.4.8. Tesis que asume la teoría de la autonomía procesal y sustantiva del lavado de activos	52
1.5. La extinción de dominio.....	56
1.5.1. Aspectos generales.....	56
1.5.2. Antecedentes legislativos internacionales.....	58

1.5.2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.....	58
1.5.2.2. Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GADFI)	58
1.5.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas	59
1.5.3. Antecedentes legislativos nacionales	59
1.5.4. Definición	60
1.5.5. Naturaleza	61
1.5.6. El proceso de extinción de dominio es ajeno a garantías del proceso penal.....	62
1.5.7. Extinción de dominio e irretroactividad de la ley	63
1.5.8. Extinción de dominio y presunción de inocencia	64
1.5.9. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio	64
1.5.10. Fundamentos de la extinción de dominio	65
1.5.10.1. En los objetos del delito	65
1.5.10.2. En los instrumentos del delito	66
1.5.10.3. En los efectos y ganancias.....	66
1.5.11. La prueba en el proceso de extinción de dominio.....	66
1.5.12. Evitación de resultados contradictorios entre el proceso penal y el proceso de extinción de dominio	68
1.5.13. Supuestos de procedencia subsidiaria propuestos para el proceso de extinción de dominio	69
2. Capítulo II: Diseño Metodológico.....	73
2.1. Diseño de Contrastación de hipótesis.....	73
2.2. Población y Muestra.....	73

2.3. Técnicas, instrumentos, equipos y materiales.	74
3. Capítulo III: Resultados y discusión de los resultados.....	76
3.1. Resultados.	76
3.2. Discusión de los resultados.	80
3.3. Propuesta de intervención.	85
4. Capítulo IV: Conclusiones.....	87
5. Capítulo VI: Recomendaciones.....	90
6. Referencias.....	92
7. Anexos.....	97

Resumen

El fenómeno criminal de lavado de activos tiene como principal entidad el fin de lucro, quienes a partir de su codicia ilimitada no se procuran por respetar los límites que la ley penal establece en clave de norma penal primaria. Frente a dichos fenómenos criminales precisamente se ha constituido un proceso, siendo este el proceso de pérdida de dominio que está destinado a desposeer al condenado de los bienes originados por actividades ilícitas.

Sin embargo, existen determinadas circunstancias que impiden el ejercicio del decomiso dentro del proceso penal, lo que justifica que dicha consecuencia jurídica del delito se efectivice fuera de éste (como se viene dando en el derecho comparado) con el propósito de evitar impunidad y enriquecimientos ilícitos por parte de los agentes del crimen.

En el presente trabajo se fundamentará nuestra posición de acuerdo a los lineamientos que sustentan un Estado Constitucional de Derecho, de ese modo se realizará un análisis de la legislación vigente sobre la extinción de dominio a la luz de este paradigma garantista del Estado Constitucional de Derecho.

Palabras claves: Estado de derecho, lavado de activos, incautaciones, pérdida, extinción de dominio.

Abstract

The criminal phenomenon of money laundering has as its main entity the profit motive, who, based on their unlimited greed, do not try to respect the limits that the criminal law establishes as a primary criminal norm. In the face of these criminal phenomena, a process has been constituted, this being the process of loss of domain that is destined to dispossess the condemned of the assets originated by illicit activities.

However, there are certain circumstances that prevent the exercise of confiscation within the criminal process, which justifies that said legal consequence of the crime becomes effective outside of it (as it has been happening in comparative law) with the purpose of avoiding impunity and illicit enrichment. by criminal agents.

In the present work our position will be based according to the guidelines that support a Constitutional State of Law, in this way an analysis of the current legislation on the extinction of domain will be carried out in the light of this guarantor paradigm of the Constitutional State of Law.

Keywords: Rule of law, money laundering, seizures, loss, asset forfeiture.

Introducción

La investigación tuvo connotación en el ámbito nacional, en el especial proceso de extinción de dominio frente a las garantías que sustentan el Estado Constitucional de Derecho. El escenario actual de la política criminal adoptada por el legislador nacional, se caracteriza por fenómenos que estimo son contrarios al ideal de Estado Constitucional de Derecho, parafraseando al maestro Jesús María Silva Sánchez, ante la manifestación de un derecho penal de tercera velocidad, esto es, ante un derecho penal del enemigo. Este paradigma que viene invocado por la comunidad jurídica en los últimos lustros, qué duda cabe, es diametralmente opuesto al Estado Constitucional de Derecho.

Pues bien, es en este contexto de expansión de un derecho penal máximo en que el Estado peruano ha legislado a la acción (y proceso) de extinción de dominio, caracterizada con el actual decreto legislativo N° 1373 como una acción autónoma, real y de contenido patrimonial.

Esta vulneración a los aludidos derechos fundamentales, desde nuestra investigación, puede darse siempre que en el proceso penal en donde se sustancie la probanza del delito que tendría conexión con los bienes objeto de extinción de dominio, se demuestre la inocencia del acusado (esta situación ha sido reconocida desde siempre por la doctrina procesal más autorizada), con ello la transferencia de propiedad de los bienes sospechosos de tener procedencia delictiva devendría más que en ilegal, en inconstitucional.

Por tanto, consideramos que parte de la regulación actual de la extinción de dominio, a través del D. Leg. 1373 podría devenir en contraria a los lineamientos buscados en todo Estado Constitucional de Derecho, como lo son la estricta observancia y vigencia de los derechos fundamentales de la persona humana, sin excepción a alguno de ellos, motivo por el cual nos planteamos la problemática descrita a efectos de encontrar propuestas que sintonicen con el garantismo penal que propende a dotar de coherencia al ordenamiento jurídico en pos del respeto a la dignidad de la persona humana.

Ante ello se planteó como interrogantes de la investigación: *¿En qué medida un proceso de extinción de dominio totalmente desvinculado del delito y el proceso penal que lo encauza, es compatible con los estándares y garantías vigentes en un Estado Constitucional de Derecho?*

Así mismo, la *justificación e importancia* que a nuestra investigación encontramos viene constituida por la necesidad de admitir que -desde una perspectiva teórica- eventuales pronunciamientos contradictorios respecto de sendos procesos judiciales -como el penal y el de extinción de dominio- conforme al escenario descrito en el planteamiento del problema, no hacen más que afectar claramente la coherencia del ordenamiento jurídico penal. En tal sentido, más allá de que tal concepto sea en realidad un ideal al que debe aspirar todo ordenamiento jurídico que se precie de serlo, el tolerar dispositivos legales que contraríen tal rasgo deviene necesariamente en obstáculos para la concretización de un valor tan trascendental en el Estado Constitucional de Derecho como es la seguridad jurídica.

Respecto de esto último, no cabe duda que a partir de la vulneración que de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la propiedad se pueda llegar a partir de una idea autárquica sobre la naturaleza de la extinción de dominio -en el sentido de estar totalmente desconectada del delito y/o pena del que procedería la ilicitud penal de los bienes que son objeto material en dicho proceso- es que los ciudadanos, como por ejemplo aquellos involucrados en causas sobre lavado de activos, se vean afectados en su idea de predictibilidad de las decisiones judiciales, en razón que la declaratoria de inocencia -por un lado- y de extinción de dominio -por el otro-, en aquellos supuestos donde más allá de una duda razonable sobre su responsabilidad penal se verifique su inocencia respecto del delito imputado, configurará un serio menoscabo al referido valor seguridad jurídica.

Es por estas razones, que en la hora actual, caracterizadas por la lucha frontal contra fenómenos criminógenos como la corrupción y el crimen organizado por parte del Estado peruano, es imprescindible que sin bajar la guardia en ningún momento, el legislador afine sus herramientas legislativas de combate para dotarlas no solo de eficiencia y eficacia, sino también de legitimidad y validez conforme a los cánones ius fundamentales que configuran el contenido material de la Constitución, esto es, conforme al sistema de derechos fundamentales de la persona.

Consecuentemente se planteó como *objetivo general: Determinar si la regulación positiva peruana actual sobre el proceso de extinción de dominio es compatible con los estándares y garantías que sustentan materialmente el Estado Constitucional de Derecho.*

Y como *objetivos específicos: Analizar los contenidos y principales características del Estado Constitucional de Derecho, Describir la naturaleza jurídica y la legitimidad teórica*

del derecho de propiedad, Analizar los contenidos y estructura del delito de lavado de activos legislado en el país, Determinar el nivel de razonabilidad en supuestos de extinción de dominio de bienes materiales a favor del Estado y Determinar si el grado de vinculación existente entre los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, sobre los que recae el proceso de extinción de dominio y el delito.

La investigación tiene como delimitación temporal el lapso que inicia con la aparición de la primera regulación legal peruana sobre la extinción de dominio -Decreto Legislativo N° 992 del 22 de julio de 2007- hasta la actualidad, encontrándose vigente el Decreto Legislativo N° 1373.

Finalmente se planteó como *hipótesis: Si la acción de extinción de dominio guarda observancia por la conexión -judicialmente probada- entre los bienes que constituyen su objeto material, con el delito y/o pena del que procede su ilicitud penal, entonces su naturaleza devendrá en compatible con los estándares y garantías vigentes en un Estado Constitucional de Derecho.*

1. Capítulo I: Diseño Teórico

1.1. Antecedentes.

Náquira (2019), en su investigación indica, la existencia del delito fuente ante la investigación preparatoria por delito de lavado de activos, presenta como objetivo determinar la influencia que tiene el delito fuente frente a los casos de lavados de activos, es por ello que metodológicamente toma en cuenta una investigación descriptiva del problema, llegando así a la conclusión que el delito de lavado de activos tiene una autonomía procesal ante el delito fuente, por lo que se acredita que la mayoría de las actividades ilícitas se acreditan de manera fehaciente ante la comisión, analiza el delito de lavado de activos desde una perspectiva fundamental y jurídica, donde tiene como objetivo general analizar el delito de lavado de activos ante el fundamento jurídico y dogmático, aplicando la metodológica descriptiva y llegando a la conclusión que desde las últimas décadas ha influenciado mucho la protección del bien jurídico ante los delitos de lavado de activos, pues de manera sustancial esta conducta se encuentra en relación al crimen organizado.

Salto (2019), en su investigación analiza las propuestas en torno a los delitos de lavado de activos de acuerdo al artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, comprende que el delito es uno de los problemas globales que tiene el mundo, pues su carácter transnacional genera preocupación en todas las naciones ya que presenta otros tipos de delitos como es el caso de la delincuencia organizada, obteniendo así ilegalmente acciones delictivas de índole penal, pues esta lucha constante es un problema nacional que equivale a grandes esfuerzos poder acceder a acciones efectivas.

Manotoa y Rodríguez (2021), en su investigación comprende los elementos fundamentales que se toman en cuenta para poder diseñar un acto de regulación ante la prevención de los delitos de lavado de activos en Ecuador, esta investigación tiene como objetivo general realizar un estudio doctrinal y jurídico ante los delitos de lavado de activos, donde se tiene como principal determinación los elementos de la norma jurídica frente a la prevención del delito, es por ello que se llega a la conclusión que el nexo entre ambos estudios permite poder identificar los elementos esenciales que se deben de tomar en cuenta para poder diseñar una regular dentro del país y del lavado de activos.

Munévar (2021) en su investigación toma en cuenta la acción de extinción en el derecho de dominio donde comprende su naturaleza y aplicación, es así que dentro de esta investigación toma como propósito principal cuestionar la efectividad y legalidad del derecho de propiedad como un acto de derecho real ante las características del estado colombiano, llegando así a la conclusión que las normas presentan una acción autónoma penal donde se presentan actividades ilícitas ante la estructuración y la connotación política.

Marín (2018) en su investigación analiza la condición jurídica del bien ante los procesos de incautación de los delitos de tráfico influencia y la condición del investigado, dentro de esta investigación se analiza como objetivo general determinar cuál es la condición del bien incautado donde el propietario tenga la condiciones de investigación dentro del proceso penal y el trámite del juzgado de investigación preparatoria, es por ello que en su investigación descriptiva llega a la conclusión que el derecho de propiedad de terceros tiene una parte de investigación penal ante la comisión de las conductas delictivas, pues en la mayoría de los casos se deja de gestionar acciones de políticas públicas en beneficio de los habitantes.

1.2. El Estado Constitucional de Derecho

1.2.1. Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

La evolución del pensamiento político tuvo su caldo de cultivo con la llamada ilustración, originadas a mediados del siglo XVIII con figuras tan descollantes como Jhon Locke en Inglaterra, Voltaire y Rousseau en Francia, Beccaria en Italia, los que en base al llamado contractualismo político atacaron encarnizadamente aquellas doctrinas del antiguo régimen para, en su lugar, poner a la razón como único fundamento del poder político. De ese modo, se despersonalizó el poder, trasladando su esencia, de la esfera del rey a la del Estado.

En términos históricos, se suele indicar como el origen del Estado de Derecho a la revolución francesa acaecida en 1789, sin embargo, a esa fecha ya existían otros documentos que preconizaban esta idea (como la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787).

Es en el siglo XIX en donde el estado de derecho logra tener un mayor desarrollo teleológico y estatal, se determinó que, este tipo de estado se encontraba influenciado principalmente por el régimen de derecho; esto es, el estado es conducido primigeniamente por las normas positivizadas y no por la voluntad del monarca. El estado de derecho se distingue del régimen o estado de fuerza ya que en este los derechos no son respetados, el estado policía tiene como

objeto la mayor intromisión estatal, esto es, el estado despliega sus fuerzas bélicas para lograr un control total o parcial del comportamiento social, de esta forma pretende limitar la delincuencia, corrupción y otros fenómenos criminales, todo a ello a costa de la relativización o vulneración absoluta de los derechos fundamentales y constitucionales de los ciudadanos. Por ello es que, se dice que, la expresión estado de derecho refleja el avance jurídico en la evolución de la configuración de social.

De igual forma, en el estado de derecho se combate directamente a un fenómeno en particular, la arbitrariedad. Ello tiene una explicación histórica sencilla, la evolución de los tipos de estado hasta llegar al estado de derecho, se caracterizan por la vulneración o desconocimiento pleno de los derechos de los ciudadanos a través del uso de la fuerza y coacción como forma de gobierno. En ese sentido, lo que el estado de derecho pretende, a través de la distribución del poder es precisamente limitar o erradicar espacios de arbitrariedad. (Zagrebelky, 2011, p. 21).

No huelga acotar que la definición de estado de derecho implica ciertos espacios de imprecisión que subyacen en razón a puntos de vista filosóficos que en realidad ya han perdido importancia en su discusión; de forma sencilla se puede afirmar que, el estado de derecho es aquella configuración social que tiene por objeto la convivencia pacífica en virtud del cumplimiento de marcos legales que importan al respeto de los derechos de los semejantes. (Atienza, 2017, p. 485 -466).

A la par de ese nuevo cambio político fundada en la revuelta francesa jacobina, se ubicó a la Ley como único parámetro de validez de cualquier acto, público o privado, incluso del propio detentador del poder, ya sea el presidente, o el parlamento. La ley se desenvolvía entonces como el *nom plus ultra* de las acciones y comportamientos de los integrantes de la sociedad, sin importar que se tratase de personas físicas o jurídicas. En tal sentido, era la legalidad e ilegalidad la dicotomía de criterio que decían de la validez de cualquier acto acaecido dentro de una comunidad en concreto.

Con ello, el parlamento -como legítimo órgano elegido libre y legítimamente por el pueblo y emisor de las leyes- se superponía ante los demás poderes: el ejecutivo y el judicial, y muy particularmente se empezaba a desconfiar constantemente en este último poder del estado. El marqués de Beccaria nos ilustra cuando señalaba que el juez debía ser sólo la boca de la ley, denotando despectivamente de ese modo toda idea que signifique cierta interpretación o idea de

discrecionalidad que pueda tener el Juez al momento de conocer un caso particular. Así nació, a modo de ejemplo, instituciones jurídico-procesales como la famosa casación cuyo principal fin era la nomofiláquia de la ley (esto es, limpiarla de malas o indebidas interpretaciones de los jueces).

En el estado de derecho, en donde la Ley se superponía, ya dijimos, como único parámetro de validez de los actos de los particulares y poderes públicos (debiendo llamarla mejor estado legal de derecho), bien se conocían derechos subjetivos de las personas, sin embargo, *iuspublicistas* importantes de raigambre alemana como el propio Georg Jellinek disentían de tal opinión, priorizando hasta cierto punto el papel que el nuevo estado legal de derecho tenía por encima de los ciudadanos. Desde allí queda claro que la persona humana en sí misma considerada no era el fin último de protección de la sociedad, ese lugar lo ocupaba el estado, único detentador del poder político en la sociedad.

Así nacieron los códigos legales, a la mano de las escuelas historicistas en Alemania y de la exegesis en Francia, siendo el paradigma de este movimiento basado en la idea suprema de la ley, el famoso Código francés Napoleón de 1803.

En este recurrir histórico, entrado ya el siglo XX, vio la luz, de la mano del maestro vienés Hans Kelsen, La Teoría Pura del Derecho, basada en la idea de la norma jurídica como único objeto de estudio de la ciencia jurídica, expulsando con ello todo elemento meta jurídico (social, ético, político, etc.), la misma que conforme a los fundamentos legalistas de este estado legal de derecho, utilizaba un parámetro netamente formal de validez jurídica, por el cual, siempre en clave jerárquico - normativa, una ley era ilegal siempre que no haya sido emitida por autoridad competente y bajo los procedimientos político - jurídicos preestablecidos por la propia ley. Así, se separaba radicalmente el derecho de la moral, y evidentemente, el iusnaturalismo racionalista (único vigente en ese tiempo) dejó de ser la lectura preponderante del fenómeno jurídico.

Con todo, y siempre en tono histórico, no debe soslayarse que ya desde la vigencia del estado legal de derecho, existía la idea de Constitución -recordemos cómo las primeras (modernamente entendidas) fueron la estadounidense de 1787 y la francesa de 1791- figurando también las llamadas declaraciones de derechos, sin embargo no queda duda que tales textos eran netamente políticos y retóricos, pues sólo contenían lineamientos programáticos a cumplir por el estado, y siempre dependiendo de las posibilidades reales de realizarse. Así vemos que las Constituciones primeras, aquellas vigentes en el estado legal de derecho, eran documentos políticos, sin ninguna

clase de fuerza normativa, es decir, se trataban de meras declaraciones de derechos sin ningún tipo de vinculación para los poderes públicos y privados.

Sin embargo, la realidad social -como siempre, antecedente a la formación jurídica- hizo cambiar de mirada al legislador, y también al poder político, a partir de dos eventos históricos que denotan a su vez lo más horrendo de la humanidad: las dos guerras mundiales que azotaron el planeta en la primera mitad del siglo XX.

Como se sabe, el derecho nazi, así como el fascista, ejecutaron los peores crímenes que la humanidad haya visto jamás, no a través de acciones que puedan considerarse fuera de la ley, todo lo contrario, estos comportamientos criminales fueron avalados e incluso reglados a partir de la propia ley. En la Alemania nacionalsocialista pueden citarse, por ejemplo, las leyes de Nuremberg (*Nürnberger Gesetze* en alemán), las directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las Fuerzas de Ocupación en los Territorios Ocupados (decreto de la noche y la niebla), etc., así, puede concluirse entonces que tales crímenes -ahora considerados de lesa humanidad (genocidio, desaparición forzada, torturas, entre otros)- fueron, aunque suene contradictorio, perfectamente lícitos, pues se ampararon siempre en el principio de legalidad, es decir, era la propia ley la que habilitaba a que, por ejemplo, se criminalice los matrimonios entre personas de sexo distinto.

Esta caótica coyuntura, con todos los resultados que originó, entre ellos el holocausto o *shoá* judía, permitió la concientización en la comunidad internacional de los peligros y riesgos de seguir manteniendo a la Ley como único parámetro de validez de los actos públicos o privados dentro de una comunidad determinada, pues, como la ley debía únicamente obedecer a la voluntad del legislador -ley ‘limpiada’ de cualquier elemento extra jurídico-, en su nombre y con su aquiescencia podían cometerse los más infames abusos contra las personas.

Así se echó mano a la idea de Constitución a efectos que sea ésta la que ocupe el lugar de la ley, pero determinando axiológicamente el verdadero contenido de ésta. Así, la fue la norma constitucional la que, sin perder su naturaleza política, se convierte en una verdadera norma jurídica, con todo lo que ello significa, haciendo de sus mandatos verdaderas obligaciones directamente ejecutables por todos los poderes -públicos y privados-, vinculando aún al propio legislador al momento de ejercer su función decimonónica: el crear leyes. Por tanto, puede afirmarse que la constitución, norma de mayor jerarquía por antonomasia existente en todo ordenamiento jurídico, es una herramienta de garantía de redistribución y no

concentración del poder estatal, a través de ello, se evita la concentración y abuso del poder lo que permite asegurar la democracia social (Aragón, 2015, p. 32).

De igual modo, se ha dicho que las normas constitucionales contienen estándares normativos, esto es, fijan límites de desarrollo normativo para normas de inferior jerarquía, en el sentido que, un dispositivo infraconstitucional no podrá lesionar un derecho constitucionalmente reconocido, asimismo, brindan lineamientos de interpretación para los operadores del derecho. (Peces, 1999, p. 125).

De este modo se entiende a la Constitución como un verdadero límite al poder. Al respecto, el profesor español Manuel Aragón enseña que hablar de normas constitucionales es hablar de una herramienta de control del poder estatal. (Aragón, 1994).

Con ello, vemos pues que la norma jurídica fundamental de todo estado constitucional de derecho es la Constitución, la que ha positivizado ya los valores morales que antes se decían del *iusnaturalismo*, decayendo de ese modo -hasta cierto punto- la ambivalencia *iusnaturalismo-iuspositivismo*.

En este orden de ideas, podemos afirmar que las notas que caracterizan al estado constitucional de derecho, son: (i) el fenómeno de la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico; (ii) el imperio del ordenamiento jurídico, esto es, de la Constitución y de las leyes; (iii) la irrestricta observancia del principio de separación de poderes; (iv) la sujeción de la administración pública tanto a la Ley, pero por encima de esta, a la Constitución; y (v) el respeto y real vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. En consecuencia, las normas constitucionales en la sociedad moderna vienen supeditada a un juicio de adecuación social y jurídico, así también a un juicio de convencionalidad de las normas de menor jerarquía, aquellas que no confluyan o contradigan lo contemplado en la norma constitucional deberán ser expectoradas del ordenamiento jurídico. (Zagrebelsky, 2011).

Así, nacieron nuevas ideas que dibujan y conforman la estructura del nuevo estado constitucional de derecho: la fuerza normativa de la constitución, la validez material y formal de la Constitución, el test de constitucionalidad, el nacimiento de los Tribunales Constitucionales, la idea de los derechos fundamentales, el nacimiento de corrientes teóricas como el llamado neo constitucionalismo o el garantismo, entre otras, tópicos que se trabajarán a continuación para una mejor ilustración.

Con todo, a fin de hacer una comparación entre el estado legal de derecho y el estado constitucional de derecho, precedentemente repasados, y siguiendo al profesor italiano Ferrajoli (2003), diremos que con la expresión estado de derecho se comprende dos significados, si bien distintos, estrechamente ligados entre sí. En ese sentido, el estado de derecho tiene como objetivo la no concentración del poder emanado por la sociedad y, para ello, se ha diseñado la división del poder a través de tres bloques principales para la dirección de la sociedad. Estos poderes coexisten entre sí administrando el poder de forma autónoma permitiendo garantizar el derecho de los ciudadanos a través del respeto de los cánones constitucionales. (Ferrajoli, 2003, p. 13 -14).

Finalmente, no es baladí acotar que la idea misma de estado constitucional de derecho se constituye en manifestación jurídica del control del poder político por el derecho. En tal sentido se ha dicho que la permanencia del sistema político democrático constitucional depende de la evitación de la concentración del poder, para ello, es necesario que existan instituciones supervisoras. (Loewenstein, 2018 p. 149).

1.2.2. Características o rasgos de la constitucionalización del ordenamiento jurídico como elementos del Estado Constitucional

Las características del fenómeno de la constitucionalización, lo que comprendo como elementos del estado constitucional, son aquellas características que deben concurrir en una realidad jurídico-política para definir si es que tal estado tiene vocación de considerarse un estado constitucional de derecho, estas condiciones son:

1.2.2.1. Rigidez constitucional

Dentro de la tipología de Constituciones que el derecho constitucional comparado consigna, encontramos las llamadas constituciones rígidas, que son aquellas que contienen -por voluntad del propio constituyente- mecanismos mucho más difíciles de concretar para poder modificar una norma de corte constitucional, en comparación con los mecanismos que pueden utilizarse para derogar o modificar una ley. La finalidad de esta rigidez tiene que ver con la naturaleza misma de la carta constitucional, su vocación de durar el mayor tiempo posible, así como de evitar que las coyunturas sociales de tal o cual tiempo históricamente determinado puedan modificar injustificadamente cláusulas constitucionales, que se entienden, son de la más alta envergadura, lo que significa garantizar a su vez la estabilidad social.

En este sentido, algunos consideran que la rigidez constitucional es un mecanismo que impone límites sobre aquello que los poderes públicos pueden decidir. (Marti, 2006, p. 288).

1.2.2.2. La garantía jurisdiccional de la Constitución

Estimando que toda Constitución, está conformada a su vez por dos contenidos, el primero llamado parte dogmática, conformada por la declaración de derechos fundamentales que la constitución franquea a favor de la persona, así como por la parte orgánica, que es la que regula el funcionamiento y potestades del estado en sí. Con ello, se desprende que el cumplimiento y eficacia de los derechos fundamentales, así como cuestiones relacionadas a las competencias de los órganos estatales deben ser materia de una jurisdicción específica, a la sazón, la jurisdicción constitucional, en algunos países ejercida por los Tribunales Constitucionales (como el caso peruano, español o alemán, por ejemplo), y en otros por Salas o Colegiados de la respectiva Corte Suprema de Justicia, dentro del mismo Poder Judicial (como el caso colombiano o argentino por ejemplo).

Toda Constitución (flexible o rígida) que no prevé ninguna garantía constitucional de la constitucionalidad de las leyes no está evidentemente sujeta a aplicación jurisdiccional. Poco importa su contenido, incluso si la constitución incluye una declaración de derechos y de normas de principio o de programa, la aplicación de la constitución es por completo una competencia exclusiva de los órganos constitucionales supremos, luego de órganos políticos. (Guastini, 2010, p. 32).

1.2.3. La fuerza vinculante de la Constitución

Lo que a partir de trabajos del jurista alemán Konrad Hesse se ha venido a llamar como fuerza normativa de la constitución, tiene que ver explícitamente con aquella vinculación directa que los mandatos constitucionales tienen con todos los poderes públicos y privados. Así, a modo de ejemplo, se habla de eficacia horizontal (entre privados) y vertical (entre el poder público y los privados) de los derechos fundamentales, no existiendo opción alguna que pueda legitimar un apartamiento de una norma constitucional, ni siquiera por el legislador mismo.

El aludido jurista alemán Konrad Hesse grafica la idea de la fuerza normativa de la constitución, enseñando que (...) la fuerza normativa subyace en la obligatoriedad de su cumplimiento, pero más que ello subyace en la comprensión social de la importancia del

cumplimiento de la norma, pues, la existencia de una sociedad normativamente consiente permite el respeto de los derechos y la coexistencia social. (Hesse, 2012, p. 84 – 85).

1.2.3.1. La sobre interpretación de la Constitución

Entiéndase cómo sobre interpretar la Constitución, el aceptar, primero, como presupuesto la fuerza vinculante de dicha norma jurídica, y, segundo, la opción legítima del intérprete de llenar lagunas a partir de interpretaciones que se puedan hacer sobre los aspectos de la realidad (político, social, económica, etc.) no regulados expresamente por la Constitución.

Siguiendo al profesor Riccardo Guastini, diremos que la sobre interpretación de la Constitución es una actitud interpretativa que tiende a excluir que el derecho constitucional sea lagunoso, y, por tanto, evita (previene) las lagunas o de todas formas elabora normas para colmarlas.

La sobre interpretación de la constitución presenta, por lo tanto, dos aspectos:

- (i) El primer aspecto es el rechazo de la interpretación literal y del argumento *a contrario*. En términos generales, la interpretación literal y el argumento *a contrario* ponen a la luz lagunas (aunque el argumento *a contrario* también puede ser usado para llenarlas).
- (i) El segundo aspecto es la construcción de normas no expresadas, idóneas para llenar lagunas allí donde no sean evitables.

La sobre interpretación permite obtener del texto constitucional normas idóneas para disciplinar (tendencialmente), además de ello, la interpretación de las normas jurídicas es una labor esencial dogmática que permite efectuar un control de legalidad sobre las normas y así procurar su modificatoria cuando esta sea requerida. Incluso las normas constitucionales están sujetas a modificaciones propugnadas siempre desde el punto de la hermenéutica jurídica. (Guastini, 2010, p. 162 – 163).

1.2.3.2. La aplicación directa de las normas constitucionales

Como se había adelantado *supra*, la norma constitucional ha dejado de ser una norma meramente política como lo era en el estado legal de derecho, para pasar en el estado constitucional de derecho a convertirse en una verdadera norma jurídica, con todo lo que ello trae consigo. Si esto es así, no queda más que reconocer su eficacia no sólo en las relaciones entre los poderes públicos y privados, sino también entre las relaciones interprivados (esto es

una diferencia con la concepción liberal clásica de la función de la constitución como límite al poder político, idea claramente expresada en el art. 16° de la *Déclaration des droits del homme et du citoyen* de 1789). Ya desde la parte dogmática de la Constitución se viene a hablar de eficacia horizontal y vertical de los derechos fundamentales. Dicha eficacia implica su aplicación directa por los jueces a los casos reales que se encuentran sustanciando, estimo, siempre que la ley ordinaria que lo regule contenga un vacío o en todo caso, su aplicación signifique una solución injusta.

A nivel internacional, la CIDH ha señalado expresamente que la función principal del estado es, el de garantizar a los ciudadanos un libre desarrollo y ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos. Dicha es una garantía que implica el mantenimiento de la configuración social puesto que, en un estado en donde los derechos no son respetados ni asegurados para su ejecución solo queda hacerlos valores a través de la fuerza, lo que a su vez provocaría el intervencionismo estatal y la configuración de un estado policía.

1.2.3.3. La interpretación conforme de las leyes

Ya desde la distinción que en la escuela de Génova había hecho el maestro italiano Giovanni Tarello entre norma y disposición, sabemos que la última no es más que el enunciado lingüístico plasmado en el texto normativo, mientras que la primera (la norma) en realidad viene a constituir el producto de la interpretación hecha por el operador de justicia respecto de esa disposición. Así tenemos que la disposición es un producto legislativo ‘bruto’, por así decirlo, mientras que la norma jurídica requiere necesariamente de una interpretación.

Así las cosas, tenemos que -al menos diacrónicamente- no puede existir una sola interpretación que nos lleva a una misma norma, siempre habrá la posibilidad -más allá de lo errado que esté o no el intérprete en su función hermenéutica- de encontrar dos interpretaciones de una misma disposición.

En esta lógica, y para el caso que nos ocupa en este *ítem*, si a partir de una misma disposición podemos derivar dos interpretaciones distintas y contradictorias entre sí, una contra la constitución, y otra conforme a ella, el estado constitucional exige que los jueces se decanten siempre por la última opción, se trata de una interpretación armonizante o adecuadora conforme a la Constitución, creer lo contrario significaría subvertir las bases mismas del estado constitucional de derecho, recuérdese que la norma constitucional, por su naturaleza misma,

regula sólo un pequeño aspecto de la vida social, y tiene, por ende, vocación para durar el máximo de tiempo posible.

1.2.4. El Garantismo jurídico

La teoría del garantismo, como su propio nombre lo establece, se basa en la idea de las garantías jurídicas a favor de las personas portadoras de derechos subjetivos. Al respecto, sostiene: garantía es toda aquella expectativa normativa que implica la no lesión y/o vulneración de una norma que provocaría la lesión de un derecho constitucionalmente resguardado. (Ferrajoli, 2010, p. 63 - 64).

Textualmente, Ferrajoli reconoce y enuncia una dualidad de conceptos genéricos sobre el garantismo jurídico. El modelo de derecho se advierte como una opción para el modelo estatal y, el segundo, esto es la teoría general del derecho, como un conjunto de valores; ambos convergen en asegurar el empleo del derecho como límite del poder estatal. (Moreno, 2000, p. 121). El mismo Luigi FERRAJOLI señala que El poder -todos los poderes, sean estos públicos o privados- tienden en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. (Ferrajoli, 2000, p. 121).

1.2.4.1. Garantismo como paradigma de estado de derecho

Se presenta al garantismo como sustento de un tercero modelo de estado de derecho (luego del liberal y del social), partiendo de sus críticas al estado liberal, el cual nunca superó las tres deficiencias centrales que lo aquejaron: (i) impotencia de satisfacer las desigualdades sociales y económicas, (ii) necesidad de revisar los alcances de la legalidad, (iii) relativización del concepto político de soberanía a fin de proyectar el modelo garantismo a escala global.

En cuanto al resultado negativo de poder satisfacer las desigualdades sociales y económicas por el estado liberal, tenemos que el propio modelo de libre mercado, tan priorizado por el estado liberal, y relacionado a la metáfora de 'la mano invisible' de Adam SMITH, acrecienta las desigualdades en las sociedades de occidente. Evita FERRAJOLI de no caer en el otro extremo, esto es, en el paradigma del estado de bienestar (tan venido a menos actualmente en Europa). Ante este escenario, el modelo garantista para el estado de derecho, se relaciona estrechamente con la idea del estado social, basado siempre en la maximización de las garantías de los derechos individuales, sobretodo, en los que a los de segunda generación (sociales, culturales y económicos) se refiere. Para llegar a esta meta no debe aislarse los contenidos de este paradigma

estatal de modo neutro, al contrario, debe asumirse el modelo garantista como filosofía y teoría del Derecho específica. (Ferrajoli, 2005, p. 24).

La paradoja de la intención ferrajoliana, a mi entender, es que no deja de ser un estado liberal, sólo que, en una expresión mínima, ni tampoco un estado social, esta vez en su vertiente máxima.

Respecto al tópico de la legalidad como meollo del déficit de legitimación del estado liberal, se tiene en cuenta ya la afamada distinción entre la mera legalidad y la estricta legalidad, tratándose la primera en la sujeción de todos los actos -públicos o privados- a la mera ley (formalmente considerada), mientras que la segunda acepción de legalidad subordina tales acciones no sólo a la ley sino a los mandatos que emanan del sistema de derechos fundamentales, razón por la cual, a diferencia de Hans Kelsen, con el que comparte su inclinación al iuspositivismo, no cree sólo en la validez formal, sino también en la material. Con todo, en el estado de derecho garantista, el derecho no se somete más a la política, los papeles cambian, pues ahora ella es instrumentalizada por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, la relativización del concepto filosófico de soberanía juega un papel trascendental en la expansión de la idea del estado de derecho garantista. Aquí debe precisarse que la soberanía en la tesis ferrajoliana obedece a dos acepciones que, sin ser excluyentes, todo lo contrario, presentan este constructo como arcaico y vetusto en atención a la post modernidad en la que nos movemos.

Así, primero, como concepto filosófico-jurídico la soberanía fue siempre el candado que el legislador le puso al Juez para evitar que este interprete la disposición legislativa (se obligaba a estos últimos a ser meras bocas que pronuncian la palabra de la Ley).

En segundo término, como institución política, la soberanía se convirtió en la piedra angular de doctrinas medievales que tenían al absolutismo como la única forma correcta de gobernar a las personas. En este sentido, Ferrajoli asegura que, a nivel interno, el concepto de soberanía se constituyó en basamento del poder absoluto, haciendo notar que esta figura designa, a un mismo tiempo, una fuente suprema y no derivada, y se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho. (Ferrajoli, 2004, p. 134).

1.2.4.2. Garantismo como propuesta de teoría general del derecho

El garantismo, como modelo o paradigma científico, tiene vocación de convertirse en una teoría general del derecho, la que, a su vez, según dicho modelo estaría conformada por tres áreas: (i) la ciencia jurídica, (ii) la filosofía política y (iii) la teoría del derecho garantista en sentido particular. Cada una de ellas se distingue con las otras de acuerdo al método utilizado, así como al objetivo materia de análisis que tienen.

El profesor mexicano Rodolfo MORENO CRUZ señala, en cuanto a la primera área que: la filosofía política utiliza a la doctrina normativa como método, siendo su objeto de estudio la obtención de valores éticos políticos con fines universales, siempre en bien de la sociedad.

Finalmente, Ferrajoli (2010), señala que la noción de reglas de referencia es en cierto sentido un sistema de conceptos convencionales, y que son útiles para establecer puentes entre diferentes discursos ideológicos (empíricos) y normativos (valor). En este sentido, la teoría jurídica que comprende esta tesis, aquí resumida pero formulada con gran rigor y precisión en una teoría formal y axiomática, no es ni normativa ni realista, ambas a la vez. En este sentido, la función teórica de referencia es importante porque se configura como una crítica del derecho positivo que no es meramente una condena externa, política o de jure, sino una conditio interna (p. 872).

Entre otras manifestaciones de lo hasta aquí esgrimido se tiene la diferenciación entre las categorías de validez y vigencia. La validez tiene que ver con la existencia jurídica, mientras que la vigencia a la conformidad sustantiva con normas de superior jerarquía que no sólo regulan las formas, sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo. (Ferrajoli, 2001, p. 36). Concluimos entonces que la facultad del magistrado no solo reside en la aplicación de la ley concreta, sino que, en realidad es una facultad axiológica, de igual forma el jurista, quien antes era un mero evaluador de las normas ahora se convierte en el principal crítico y analista del convencionalismo de una norma.

1.2.4.3. Garantías del modelo garantista

Antes que nada, conviene en este acápite resaltar la distinción respecto de los derechos y las garantías.

Los primeros, en su versión primigenia de derechos subjetivos no son más que la suma del interés legítimo y del poder jurídico de exigir la materialización de un deber jurídico del sujeto pasivo de dicho derecho.

Por el contrario, las garantías vienen a ser aquellos mecanismos de ejecución de tales derechos (fundamentales) en la vida real. La importancia de las garantías es imprescindible, a tal punto que para Luigi Ferrajoli, contra vastas críticas que se las hecho, sin garantías los derechos, y las normas que lo consagran, devienen en inexistentes.

En el modelo ferrajoliano del garantismo, la tipología de garantías deviene en positivas y negativas, Y en primarias y secundarias.

Garantías Negativas

Las mismas que se orientan a proteger el contenido de la Constitución. Es obvio que no todo el contenido constitucional tiene el mismo grado de protección a este nivel.

Las garantías negativas primarias constituyen aquellas prohibiciones dirigidas al legislador para que se abstenga de derogar o modificar la norma constitucional, o que agravan o cualifican el procedimiento para modificar dicha norma suprema.

Por ejemplo, en el caso peruano, el artículo 206 de la Constitución de 1993 establece que:

“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República”.

Las garantías negativas secundarias se constituyen por aquel conjunto de normas que autorizan el control jurisdiccional de todos aquellos actos inconstitucionales (es decir, de aquellos que contravienen el contenido constitucional), ya se traten de los poderes públicos o de los privados.

Caso paradigmático de este tipo de garantía lo constituye el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución que regula el control jurisdiccional difuso de las leyes, con el siguiente tenor: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*; o el artículo 202 inciso 1) del mismo cuerpo constitucional que establece el control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad.

Garantías positivas

Este tipo de garantías materializan la relación entre derechos fundamentales y garantías. Se trata de la clase de garantías más importantes, pues de ello depende la plena existencia y vigencia de los derechos fundamentales.

Las garantías positivas primarias constituyen las obligaciones (de prestación) y las prohibiciones (de lesión) de los derechos fundamentales que deben respetar y asegurar los demás, sea el Estado o terceros públicos.

De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida es protegido con la norma primaria de corte penal “no matarás”, la que a su vez deviene en una garantía positiva primaria (art. 106° del CP).

Las garantías positivas secundarias constituyen las obligaciones de reparar, sancionar o anular judicialmente las lesiones de los derechos, vale decir, las violaciones de las garantías primarias.

Ejemplo de este tipo de garantía lo es la norma penal secundaria dirigida al juez penal, al que le obliga que en caso constate el homicidio de una persona, imponga la sanción necesaria.

Por lo demás, no debe soslayarse que, en la manifestación del derecho penal mínimo, materialización del garantismo en la rama penal, deben respetarse diez axiomas que garantizan los derechos de las personas potencialmente a ser involucradas en el sistema penal.

No hay pena sin crimen; no hay crimen sin ley; no hay ley sin lesión; no hay lesión sin necesidad; no hay necesidad sin acto exteriorizado; no hay acto exteriorizado sin culpa; no hay culpa sin juicio; no hay juicio sin acusación; no hay acusación sin prueba, y, no hay prueba sin defensa.

Finalmente, no es baladí sostener que las denominadas acciones de garantía, en nuestro texto constitucional; o los procesos constitucionales, según el Código Procesal Constitucional, constituyen también garantías positivas primarias, al materializar el poder de ejecución de tal o cual derecho fundamental en la realidad.

1.3. El derecho de propiedad en el ámbito constitucional

En el universo de categorías jurídicas del derecho, la propiedad se erige como aquella facultad más completa, configurando a su vez un derecho fundamental constitucionalizado por las mayorías de las constituciones en el derecho comparado.

1.3.1. Aspectos conceptuales

En la historiografía del derecho civil, autores de toda talla han tratado de definir la esencia del derecho de propiedad, alcanzando la mayoría de ellos cierta claridad en cuanto a los contornos semánticos de sus conceptos.

Planiol y Ripert (1946) señalan que la propiedad es un derecho subjetivo que importa la pertenencia y dominio del titular respecto a la cosa.

Por su lado, Bonnacase (1945) refiere que la propiedad forma parte de la categoría de los derechos reales, la propiedad puede adquirirse de diversas formas ya sean jurídicos o materiales. (P. 75).

Nuestro Código Civil de 1984 se refiere a la propiedad como: (...) el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; asemejándose en ello a la carta magna peruana que precisa: Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

En consecuencia, remitiéndonos a la definición legal acotada, diremos que el legislador civil peruano se decantó por brindar un concepto estructural (y no material) del derecho a la propiedad, al definirlo en base a las facultades que su titularidad confiere: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

La propiedad puede ser entendida como el poder que reside en el sujeto para hacerse de un bien de forma parcial o total. Por otro lado, la propiedad tiene un rol e importancia socialmente definida, la propiedad es un signo de riqueza y en ciertas circunstancias de poder. (Ramírez, 2017, p. 1118).

1.3.2. La propiedad en los instrumentos jurídicos internacionales

1.3.2.1. La Propiedad en la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este instrumento jurídico-político de alcance mundial señala en la segunda parte de la primera fracción del artículo 17°.

Como se verá, se habla de la propiedad en perspectiva colectiva, y no solamente individual, ante ello, se pone énfasis, creemos con seguridad, en la función social que ésta debe significar en su ejercicio.

De igual modo, se resalta la relevancia de su jerarquía jurídica, al expresar la imposibilidad de la privación arbitraria de ella, denotando de ese modo, la importancia de su respeto y observancia en un estado de derecho.

1.3.2.2. La propiedad en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Esta declaración se estructura con un preámbulo y una parte expositiva que consigna los fundamentos por los que fue adoptada. En el articulado se enumera los derechos proclamados, y el artículo XXVIII fija los límites a los que estos se someten. En cuanto al derecho de propiedad, siguiendo la costumbre latinoamericana, retomada en el artículo 21° del Pacto de San José.

Es loable cómo se enlaza estrechamente a la propiedad con un valor constitucional tan importante como lo es la dignidad humana. Y es que, en los estudios jurídicos de esta parte del mundo, es común el constitucionalizar a la propiedad, a efectos de asegurar el respeto a otros derechos fundamentales que a su vez se relacionan con esta, a la sazón, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo.

1.3.2.3. La propiedad en la Convención Americana de Derechos Humanos

En el artículo 21° de este instrumento internacional, nuevamente se pone de manifiesto el interés social que debe observarse al ejercer la propiedad, por más estado liberal que sea en donde resida el titular. Del mismo modo, se pone énfasis en la proscripción de expropiar arbitrariamente, pues ello, además de ser un abuso contra un derecho fundamental, se convierte en un acto frontalmente inconstitucional, y, por ende, fuera del margen de la juridicidad.

1.3.2.4. La propiedad en el Convenio 169° de la Organización Internacional de Trabajo

La OIT son las siglas de la Organización Internacional del Trabajo, que a su vez forma parte del Sistema de Naciones Unidas, especializada en el establecimiento de directrices cuyo propósito es elevar las condiciones de trabajo y laboriosidad de las comunidades del mundo entero, sin discriminar entre género, raza, condición social, etc.

El Convenio 169° adoptado por la OIT tiene que ver estrechamente con el bienestar de los pueblos indígenas de todo el mundo, siendo la protección de aquellos su objeto de actuación, a partir de la observancia y respeto de sus formas de vida y de creación cultural, así como de tradiciones, usos y costumbres. Con todo, su radio de acción viene determinada por el poder brindar normas que faciliten a tales pueblos indígenas el correcto y verdadero ejercicio de su autodeterminación en la forma de vivir, frente al estado de derecho.

Como se advierte, el Convenio 169° de la OIT hace declaración oficial en el sentido que los pueblos indígenas pueden y deben transmitir las tierras de una generación a otra (transferencia de propiedad), según los usos de sus propias comunidades.

1.3.3. El derecho de propiedad en la jurisprudencia

Los órganos jurisdiccionales de alcance nacional e internacional, como lo son el Tribunal Constitucional peruano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han tenido también oportunidad de pronunciarse en cuanto al derecho de propiedad.

En primer término, el Tribunal Constitucional peruano en los fundamentos 2 y 3 de la sentencia recaída en el expediente EXP. N° 03258-2010-PA/TC-AMAZONAS, señaló expresamente:

“El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70 de la Constitución se reconozca que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza. Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia. De ahí que el artículo 70 de la Constitución precise que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común. Y no solo esto; además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos”.

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 05614-2007-PA/TC, refirió expresamente:

“El derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: **a)** un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, **b)** un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que 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... En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: **a)** estar establecidas por ley; **b)** ser necesarias; **c)** ser proporcionales, y **d)** hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución”.

Finalmente, el máximo intérprete de la Constitución señaló en la STC N° 0008-2003-AI/TC, que:

“El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno. Asimismo, señala que dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer auto determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, señaló que: Sin embargo, el Sr. Ivcher no está privado formalmente de sus derechos de propiedad sobre las acciones de la Compañía y, de hecho, está privado arbitrariamente del ejercicio de los derechos fundamentales que implica la propiedad de las acciones, ya que los derechos otorgados por la propiedad de las acciones son extinguidos por sentencia judicial (Corte Interamericana).

Asimismo, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDCH refirió expresamente (...) una ley disminuyó el monto de las pensiones niveladas que percibían desde su jubilación. La Corte afirmó que el artículo de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo con el Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, en conformidad con lo dispuesto en la

normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas... los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21° de la Convención Americana...(Corte Interamericana).

1.3.4. Elementos de la propiedad

Como todo concepto jurídico, el contenido de la propiedad viene estructura por una serie de elementos que se entrelazan a efectos de poder dibujar los contornos de esta categoría civil. Tales elementos son:

1.3.4.1. Sujeto o titular

Es la persona natural o jurídica que ejerce la titularidad de tal derecho real. Un caso de este elemento es que no necesariamente puede tratarse de una persona individual, pudiendo ser a su vez, varias personas naturales o jurídicas propietarias de un mismo bien.

1.3.4.2. Objeto

Son objeto de propiedad el universo de bienes materiales e inmateriales que tiene real existencia en el mundo exterior, requiriéndose a su vez que los mismos cumplan con dos sub requisitos: (i) que sean apropiables, y, (ii) que figuren en el comercio jurídico de una comunidad determinada.

1.3.4.3. La relación jurídica

Se trata de la relación o vinculación jurídica existente entre el sujeto titular y el bien materia de propiedad (con las facultades que este derecho real otorga), se trata de la relación: sujeto-bien.

1.3.5. La propiedad en la Constitución Política de 1993

La constitución política del estado peruano reconoce como derecho fundamental la propiedad, así se tiene del numeral 16) del artículo 2° de la Constitución de 1993.

Dicho dispositivo constitucional recibe un mayor desarrollo normativo en los artículos 70° al 73° del mismo cuerpo normativo constitucional, por otro lado, conforme sostiene Enrique Bernalles Ballesteros, la propiedad debido a su importancia social recibe un extenso desarrollo normativo, en comparación con las constituciones predecesoras, en la actual constitución

política. Sin embargo, la presunta inviolabilidad de la propiedad no es una garantía absoluta, pues todos los derechos por su naturaleza son relativos.

Así mismo, conforme se advierte del artículo 71° de la constitución el derecho de presunta inviolabilidad de la constitución no solo rige para los peruanos, sino también para los extranjeros, pues aquellos son sujeto de derecho en todo en cuanto les corresponda.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 72ª pueden existir restricciones para el ejercicio pleno del derecho de propiedad, precisamente por ello, el legislador ha creído conveniente estructurar ciertas garantías que pretenden proteger derechos constitucionales, precisamente estas garantías se encuentran consagradas en el artículo 200° de la carta magna.

1.4. El delito de lavado de activos

1.4.1. Contexto social en que se enmarca el lavado de activos

En el caso peruano, como en la mayoría de países de occidente, no es un secreto que la delincuencia común -entendida como aquella que se ve representada por la vulneración a los bienes jurídicos individuales de corte tradicional- comparte escena con fenómenos criminales mucho más complejos, con estructuras más engarzadas respecto de sus miembros, fines y contenidos, tales como el crimen organizado, ya sea de connotación nacional o internacional.

Es en este escenario en donde a partir del ascenso del narcotráfico como ilícito penal de suma gravedad en la realidad nacional, que el legislador -conforme a los lineamientos político criminales de instancias internacionales- legisló el delito de lavado de activos, primero a partir de la ley N.º 27765 de fecha 27 de junio de 2002 y luego con el decreto legislativo N.º 1106, vigente hasta la fecha.

Como se verá, ante la aparición de fortunas de muy dudosa reputación que lindan con lo criminal, y ante una falsa imagen de agotamiento del delito en los casos de crimen organizado, es que el legislador nacional criminalizó todos aquellos actos que signifiquen cierto disvalor de acción y que pretendían dar apariencia de legitimidad a los activos (bienes, dinero, etc.) provenientes de actividades delictivas, al introducirlos al tráfico comercial legal. De este modo la política criminal peruana daba un giro trascendental: no sólo se punía el crimen que originaba los activos de los que pretendía gozar el delincuente, sino que, además, de manera autónoma, se criminalizaba también los actos que materializaban cierto actuar a

‘disfrazar’ tales activos como si tuvieran origen lícito. Así, al atacar directamente los beneficios y réditos pecuniarios del criminal, se trata de desincentivar el actuar penalmente antijurídico de aquel.

Este escenario, no es de perogrullo decirlo, aparece en un momento en que la informalidad de la economía peruana es evidente (y muy mayoritaria a la formal), lo que en los hechos significa la mayor dificultad de encontrar tales capitales ilícitos, lo que sumado a las sabidas deficiencias y carencias de logística y capacitación en las agencias penales, nos permite concluir lo difícil que podría significar la eficaz persecución y sanción de tales delitos (lo que se traduce en las pocas sentencias que por lavado de activos se tiene en el Perú, hasta la fecha), sin embargo, en los últimos tiempos, a raíz de casos emblemáticos, los operadores de justicia parecen haber interiorizado el espíritu de todo este conjunto de normas penales, y de ese modo, los procesos penales por tales delitos han llamado la atención de la ciudadanía en general, máxime cuando de por medio se encuentran personajes políticos relacionados presuntamente con este delito.

1.4.2. Denominaciones distintas y definición del lavado de activos

En la comunidad jurídica internacional se utiliza una serie de *nomen juris* para este delito, entre los que encontramos los siguientes: lavado de dinero, blanqueo de capitales, blanqueo de dinero, reciclaje de capitales, legitimación de activos, bienes o capitales.

Como se advierte, sea cualquiera la denominación utilizada, lo cierto es que todas ellas hacen alusión explícita al propósito de lucro que mueve a los agentes que cometen este ilícito penal al momento de accionar conforme a dicho *theos*.

En cuanto a su concepto o definición el delito de lavado de activos es usualmente definido como una conducta que requiere de una pluralidad de pasos con la finalidad de introducir el dinero obtenido de fuentes ilegales en las economías nacionales o internacionales para darle una apariencia de licitud. (Gálvez, 2014, p. 41).

En cuanto a sus rasgos esenciales, siguiendo la definición propuesta por Blanco (2002), el blanqueo de capitales es un procedimiento que ininterrumpido que conlleva a alejar u ocultar el origen ilícito del dinero. El lavado de dinero puede ser realizado con una persona o por un conjunto de personas pertenecientes a una red criminal. El fin del lavado de activos de dar apariencia de licitud al dinero ilícito. Por otro lado, el lavado de activos es una conducta que

no solo abarca al bloque económico sino también al mercado y a la administración de justicia. (Rosas, 2015, p. 46).

Desde nuestra perspectiva consideramos al lavado de activos como aquella conducta penalmente relevante que consiste en la incorporación de activos ilícitos al tráfico económico oficial a través de distintas maniobras de carácter bursátil y/o financiera, con el objetivo de darles apariencia de licitud, para de ese modo disfrutar (ya sea el agente, o un tercero) -luego del blanqueo- tales frutos y productos sin ningún peligro de ser descubierto.

De manera ejemplarizada se puede definir el lavado de activos como en aquel caso, por ejemplo, en el que el mismo traficante de drogas ilícitas, luego de consumir dicho delito fuente, y agenciarse de las ganancias delictivas a partir de la comercialización de tales productos ilícitos, aprovecha tal lucro y se compra un inmueble valorizado en un millón de dólares a fin de disfrutar de los citados ingresos delictivos. En esta ocasión el agente activo realiza una modalidad de auto lavado de activos, pues él mismo resulta ser el autor tanto del delito fuente como del delito de lavado de activos (esta modalidad está regulada expresamente en el último párrafo del artículo 10° del D.L. 1106). No está demás preciar que conforme enseña la moderna criminología, el delincuente económico (como el común denominador de todos los demás criminales) realiza *ex ante* un juicio costo - beneficio, a fin de verificar previamente los riesgos y costos que implicará el eventual descubrimiento de su delito por el sistema de justicia penal, e identificado tal costo lo comparará -también anteladamente- con los beneficio a obtener con la consumación de tal delito; en tal sentido conforme a una relación diametral y proporcional, si el beneficio supera con creces al costo, se decidirá por cometer el ilícito penal, pero si es la inversa muy probablemente se abstendrá.

Como riesgos principales se encuentra la alta penalidad con la que se sanciona el delito a cometer; la publicidad mediática que puede significar su realización; la afectación emocional o psicológica a su familia a consecuencia de tal publicidad, pero sobretodo la posibilidad efectiva y real de que en los hechos cumpla con sufrir una pena privativa de libertad efectiva. Del otro lado, los beneficios tienen que ver con los ingresos pecuniarios y el disfrute de los mismos que significa el gozar de las ganancias ilícita del delito de lavado de activos cometido.

1.4.3. Fases o etapas del lavado de activos

Antes de entrar a explicar cada una de las etapas de las fases del delito de lavado de activos, es necesario entender que si bien metodológicamente se suele dividir su proceso en tres fases: (i) colocación), (ii) fase de conversión u ocultamiento, e, (iii) integración o reintegración de los capitales; lo cierto es que en los hechos el blanqueo de capitales no necesariamente sigue este camino, limitándose muchas veces en la consumación de algunas de estas acciones, sin que por ello se pueda dejar de hablar de lavado de activos. Esta idea es recogida por el derecho positivo peruano que de por sí no engloba todo este proceso de tres etapas, pues, por el contrario, se centra en conductas desplegadas en alguna de estas etapas, lo que no quiere decir que por ello nos alejemos del escenario criminológico en el que este fenómeno se mueve.

1.4.3.1. Fase de colocación

Se trata de la primera de las etapas que suelen ocurrir en el entramado del lavado de activos. Una vez cometido el crimen que origina ganancias ilegales, es preocupación del delincuente, ante lo ingente de tales activos, el poder transformar la materialidad de los mismos en distintos elementos, siempre dentro del tráfico comercial legítimo del país en donde se realiza tal conducta.

Esta fase se caracteriza por el alejamiento de los activos de sus titulares, colocándolos en el tráfico financiero para su posterior blanqueo. Para ello se pueden emplear diversas técnicas como la compra de dólares u otras divisas, el cambio de billetes chicos a grades o de grandes a chivos, entre otras modalidades que persigan el mismo fin. (Gálvez, 2018, p. 44).

Así el profesor español Blanco (2012), citado por Juan Antonio Rosas Castañeda, sostiene que el proceso de colocación consiste en deshacerse de grandes masas de dinero, el principal elemento del tráfico ilícito de drogas o al menos un proceso de este delito consiste en transformar el dinero entregado, de dólares a moneda nacional o de moneada nacional a cualquier otro tipo de divisa que sea diferente a la inicialmente obtenida, de tal forma que, la colocación es un proceso necesario de toda transformación de lavado de activos (Rosas, 2015, p. 51).

1.4.3.2. Fase de intercalación

A esta fase se le conoce también en la doctrina comparada como transformación, intercalación, estratificación, etc. Consiste en hacer difícil el regreso contable de los fondos, por la multiplicación sucesiva de las transacciones. (Prado, 2007, p. 28).

En esta etapa es donde el criminal se propone diluir todo rastro de vínculo de los activos con su génesis ilícita mediante el despliegue de distintos comportamientos. La utilización del sistema financiero, tanto a nivel nacional como supranacional, con el fin de desviar el dinero, títulos y demás bienes originados en el delito es una de sus características principales, por ende, es que la doctrina es unánime en afirmar que es esta fase en la que en esencia se realiza la operación blanqueadora de capitales.

En este orden de ideas, la fase de intercalación es la materialización del ingreso de los activos al flujo del tráfico legal del país donde se realiza tal delito, acotándose que no en todos los casos es imprescindible que en el lavado de activos se requiera varíe la titularidad de quien ostenta los capitales, pues se limita, a lo más, a una variación del título jurídico.

Tomás Gálvez Villegas señala que en este procedimiento se emplean con frecuencia empresa off shore a través de las cuales se destina el dinero obtenido de actividades ilegales a la compra de acciones, compra de oro, diamantes, en general el proceso de blanqueo se realiza primigeniamente a través de este tipo de empresas destinadas al blanqueo de activos (Gálvez, 2013, p. 45). Por su lado, se ha afirmado también en la doctrina nacional que la segunda etapa del blanqueo consiste en hacer el regreso del capital, esto es que, el blanqueo inicial del patrimonio sea retornado a la posesión del blanqueador, de esta forma se configura el proceso de blanqueo de capital. (Prado, 1994, p. 28).

1.4.3.3. Fase de integración en cuanto a su origen

Es en esta fase en donde los activos, previamente introducidos en el sistema financiero, lo que les da cierta apariencia de legalidad y legitimidad, retornan a la esfera económica - patrimonial del delincuente, quien goza de esta incorporación al orden económico del país determinado. En tal sentido, para la visión criminológica de este fenómeno delictual, esta etapa configura en sí el anhelo último del lavado de activos, pues es aquí en donde empieza en realidad el disfrute concreto de los bienes producidos por una actividad criminal previa.

Cierto es que la legalidad y legitimidad no son los únicos requisitos para que tales bienes se integren al acotado orden económico, sino que además los mismos deben tener aptitud de poder adaptarse al mismo, a través de los diversos títulos jurídicos que puedan configurar a efectos de significar elementos válidos para el tráfico jurídico.

Este procedimiento tiene por objeto la introducción de bienes que han sido obtenidos de forma ilegal en las economías nacionales e internacionales sin levantar ningún tipo de sospecha debido a su origen. Terminada esta etapa es necesario encontrar una razón para justificar la legitimidad de la riqueza. De esta forma se hace complejo cualquier tipo de identificación y diferenciación entre el patrimonio obtenido de forma ilegal del patrimonio obtenido de forma lícita haciendo prácticamente irrastreadable de los bienes que han sido sometidos al proceso de blanqueo de capital (Rosas, 2015, p. 57).

1.4.4. El lavado de activos desde la teoría del delito

La única conducta que puede ser penalmente relevante es la humana, identificada con los elementos de voluntariedad y finalidad, esto es, caracterizada por una intencionalidad *in abstracto* y con el propósito de alcance de un fin, también entendida en alcances genéricos. Sin embargo, esta posición finalista de entender a este presupuesto teórico de la significación jurídica del delito, es contemporáneamente entendida en función de los fines político criminales buscados por la corriente funcionalista del derecho penal.

En el delito de lavado de activos, la acción que constituye el presupuesto del edificio propuesta por la teoría del delito, debe cumplir con tales elementos. No está demás agregar que la acción penalizada por este delito sólo es aquella exteriorizada por el agente activo, conforme al viejo aforismo romano *cogitationem poenam nemo patitur*.

No debe soslayarse que aunque en algunos ordenamientos jurídicos es aceptada la responsabilidad penal de las personas jurídicas -contra el *societas potest non delinquere*-, como el caso español por ejemplo (con la entrada en vigor de la ley orgánica 05/2010), sin embargo, en el caso peruano tal posibilidad todavía no ha sido autorizada por el legislador, sin perjuicio de ello, para este tipo de personas morales se prevé la imposición de las denominadas consecuencias accesorias previstas en el artículo 105° del C.P.

1.4.4.1. Tipicidad

Se trata del primer elemento del delito (pues la acción humana es en realidad un presupuesto). En términos epistémicos se trata de una manifestación del método subsuntivo por el cual el operador debe realizar un análisis de encaje o encuadramiento de la conducta fáctica desplegada por el agente en el supuesto normativo previsto precedentemente en la ley. *La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal* (Muñoz, 2004, p. 251).

En cuanto al tipo legal, se trata de la descripción determinada en la ley penal de la conducta desvalorada negativamente por el legislador, y considerada como un como un injusto.

1.4.4.2. Sujeto activo

El delito de lavado de activos no es de naturaleza especial, sino común, por lo que cualquier sujeto que despliegue el comportamiento típico, sin importar su *status* institucional, puede ser autor o cómplice. Sin embargo, es obvio que muchas veces este autor utilice estructuras propias de una persona jurídica a efectos de servirse de tal ‘velo de apariencia’ y ocultar la verdadera peligrosidad de su actuar.

Para el caso peruano la parte *in fine* del artículo 10° del D.L. 1106 establece literalmente que cualquier persona que cometa o participe en una actividad delictiva que obtenga dinero, propiedad o ganancias puede ser considerada culpable y sujeta a investigación y enjuiciamiento por lavado de dinero.

En el caso del auto lavado de activos, el mismo agente que cometió el delito fuente, perfectamente puede ser sancionado, además, por el delito de lavado de activos, a manera de concurso real. Esto, evidentemente, es una muestra de la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos, toda vez que al tratarse de dos delitos esencialmente distintos -el delito fuente, y, el lavado de activos- la consecuencia jurídica debe ser necesariamente la imposición de dos penas, también autónomas.

El legislador peruano, con ánimos de evitar lagunas de impunidad, y bajo criterios político criminales orientados a la lucha sin tregua contra este flagelo del lavado de activos ha previsto que incluso el agente que comete el delito fuente del que provienen los activos y que luego él mismo lavará con el propósito de ocultarlos de la autoridad competente, para luego

gozar de su valoración pecuniaria, sea también materia de procesamiento penal, en este caso por el delito de auto lavado de activos.

Y es que, a efectos de la legislación penal peruana, el ser quien cometa el delito fuente en el blanqueo de capitales para nada le exime de responsabilidad penal por este delito, si luego es él mismo quien trata de blanquear los capitales ilícitos. La idea es reforzar la punibilidad en esa fase de agotamiento delictual.

Sin embargo, a consideración nuestra, concurre una problemática cuando se trata de punir al auto lavado de activos en base a las agravantes previstas en el cuarto artículo del D. Leg. N.º 1106. Imagínese a quien es autor de minería ilegal, por ejemplo, y a la vez despliega acciones de integración de bienes a su favor (en contexto, claro de blanqueo de capitales), en este caso, a mi consideración, y en base a la garantía del *ne bis in ídem*, no podría valorarse una misma conducta para estimar la concurrencia del delito fuente, y luego, para hacer valer la agravante prevista en el citado dispositivo de la ley especial.

1.4.4.3. Sujeto pasivo

Se trata del titular del bien jurídico lesionado con el delito del lavado de activos. Tratándose de un bien jurídico de naturaleza colectiva (así como pluriofensivo, conforme veremos más adelante) lo cierto es que de manera mediata es la sociedad el ente agraviado. Sin embargo, considerando que en el derecho penal las entidades viables de ser titulares de reparaciones civiles deben tener personalidad jurídica, es obvio que esta sociedad, comprendida como jurídica y políticamente organizada, deberá ser representada por el estado.

Asimismo, consideramos inviable que pueda admitirse como agraviado a una institución estatal en particular, toda vez que al ser el concepto de *administración de justicia* una de las facetas del bien jurídico vulnerado por el lavado de activos, al tratarse de un servicio público esencial (ejercicio a su vez por uno de los tres poderes del estado, a la sazón, el Poder Judicial), es el estado peruano el que soberanamente debe ocupar la posición material -y también procesal- de directamente agraviado.

1.4.4.4. Bien jurídico

El concepto de bien jurídico se constituye en uno de corte central en la estructura de la teoría del delito, pues su significación no se limita al de elemento del tipo objetivo, sino que además contiene una dimensión principialista que permite limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal

por parte del estado, me refiero al llamado *principio de protección exclusiva de bienes jurídicos*.

El concepto de bien jurídico se identifica con aquellos valores indispensables para el aseguramiento del bienestar social, los cuales son de naturaleza pre-jurídica al ser parte óptica de la vida misma. En tal sentido, Hans Welzel afirmaba que: *sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz*. (Welzel, 1970, p. 14).

En este orden de ideas, teniendo ya una definición de lo que es un bien jurídico, no debe soslayarse que, en el caso del delito de lavado de activos, desde siempre existió -y considero que la duda no ha sido del todo despejada- una problemática al tratar de definir cuál es el bien jurídico en concreto que vulnera el citado ilícito penal. A continuación, examinaremos las posiciones que desde la jurisprudencia y la doctrina se han dado al respecto.

1.4.4.5. Objeto material del delito

Sobre el concepto de *objeto material del delito* en la dogmática penal más autorizada se ha dicho que se trata de el objeto material del delito de lavado de activos puede recaer sobre cualquier bien de tipo patrimonial, precisamente, este tipo de delitos tiene como objeto dotar de apariencia de licitud un bien que proviene de una fuente delictiva con el propósito de ser empleado en el tráfico económico de forma normal. (Velásquez, 1995, p. 333).

En el D. Leg. 1106, se prescribe que en el lavado de activos son los bienes, dinero, efectos o ganancias (artículos 1° y 2°) así como los títulos valores (artículo 3°) los que eventualmente pueden constituir objetos materiales del delito.

El legislador utiliza un criterio cuantitativo respecto al valor de los bienes (entendidos en clave genérica) para otorgar relevancia penal en cuanto a la constitución de eventuales circunstancias agravantes o atenuantes (artículo 4° del D. Leg. 1106). En tal sentido, en el tercer párrafo de dicho dispositivo se establece que la sanción a imponer será de no menos de cuatro años de pena privativa de libertad ni mayor de seis años de pena privativa de libertad. Por otro lado, cuando el valor patrimonial del bien instrumento del delito supere las 5 unidades impositivas tributarias la pena será mayor. Por otro lado, cuando el valor de los bienes sea mayor a 500 UIT la pena será no menor de diez años de pena privativa de libertad.

Con el afán de dar una acepción aproximativa a cada elemento que puede constituir eventualmente el objeto material del delito en el blanqueo de capitales, diremos que el dinero es un bien por su naturaleza fungible, de tal forma que, existe un detalle particular cuando se trata la discusión de lavado de activos a través de bienes que no son ni si quiera son materiales tal es el caso de la criptodivisas tales como el bitcoin y otras monedas, las cuales son empleadas para el blanqueo de dinero, a pesar de no ser materiales consideramos que, el elemento de fungibilidad sigue inmutable, desde esa perspectiva es posible el lavado de activos a través del empleo de este tipo de monedas digitales.

En cuanto a los bienes, el español Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, los define como las cosas de las que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. Cuanto objeto puede ser de utilidad (Cabanellas, 1998, p. 477).

Respecto a los efectos tenemos que son aquellos activos que tienen como principal característica el ser producido directamente por la conducta criminal. Se trata de los famosos *producta sceleris*. Se diferencian de las ganancias en que estas últimas -si bien tiene igual significación económica- tiene un origen mediato respecto del crimen. En tal sentido, la ley que regulaba el procedimiento de pérdida de dominio (D. Leg. 1104) señala en el ordinal c) de su disposición complementaria final duodécima que los efectos del delito son *los bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros... directamente derivados de la acción delictiva*.

En cuanto a los títulos valores, el artículo 1º inciso 1.1. de la ley N.º 27287 establece literalmente que: aquellos valores que signifiquen o importen derechos de naturaleza patrimonial tendrán indiscutiblemente la calidad de títulos valores, siempre y cuando estén destinados a su puesta en circulación, para ello se deberá tener en cuenta los presupuestos formales que la ley de la materia exige para su validez mínima. De esta forma se tiene que un título valor es un documento privado que se encuentra caracterizado por los rasgos de patrimonialidad, por lo que, puede ser empleado para el blanqueo de los capitales obtenidos a través de una fuente ilegal, por ello es que la ley de la materia lo reconoce e incorpora en su texto normativo como un instrumento del delito.

1.4.4.6. Tipo subjetivo

De acuerdo al principio de culpabilidad en su vertiente de proscripción de responsabilidad objetiva -art. VII del título preliminar del Código Penal- todo delito -para ser tal- no puede

limitarse a la comprobación del tipo objetivo que la ley penal establece, sino que además debe acreditarse la concurrencia del o los elementos subjetivos respectivos:

a. Delito de tendencia interna trascendente

Para el caso del delito de lavado de activos, debemos afirmar que su figura se asimila a los delitos de tendencia interna trascendente, toda vez que no basta la existencia del dolo - conocimiento y voluntad de la comisión de todos los elementos que conforman el tipo objetivo del lavado de activos- (es obvio que el dolo requerido debe respetar las modalidades típicas que el delito en comento tiene), sino que además debe concurrir otro elemento -de tendencia interna- que para este caso viene a ser el fin de ocultar los activos a efectos de no ser descubiertos por la autoridad competente.

En el fundamento décimo, apartado cuarto, de la ejecutoria recaída en el R. N. N.º 2868-2014-Lima, nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado (refiriéndose a este delito de lavado de activos):

En cuanto a la tipicidad subjetiva esta está conformada por dos elementos particulares. Respecto del primero, se tiene que el dolo puede ser el dolo directo o dolo eventual, ambos son suficientes para satisfacer la configuración de la tipicidad del delito en el plano subjetivo. No es necesario que el sujeto agente tenga conocimiento certero del delito precedente, sino presumir que estos provengan de actividades ilícitas. Entre otras palabras, la autonomía del delito de lavado de activos respecto del delito fuente genera que también cualquier interviniente pueda desprenderse de cualquier tipo de elemento de conocimiento respecto del delito previo. En cuanto al segundo elemento, se logra incorporar un elemento subjetivo particular, se ubica como un delito de tendencia interna trascendente, esto es el de asegurar todos aquellos resultados obtenidos a través de actividades ilegales. En ese sentido, no es menester que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro.

b. La ignorancia deliberada como materialización del dolo en lavado de activos

Se ha discutido mucho en la comunidad jurídica nacional e internacional la posibilidad de aplicar la figura de la ignorancia deliberada (o ceguera mental) en este delito de lavado de activos. Tribunales españoles y norteamericanos tienen tradición (sobre todo el segundo) en interpretar esta categoría de origen anglosajón.

Si bien para cometer este tipo de blanqueo de capitales es necesario la concurrencia de dolo más el elemento interno trascendente acabado de exponer, existen supuestos en los que el auscultar indicios para la probanza de los elementos constitutivos de dolo -conocimiento y voluntad- resultan más que difíciles, lo que eventualmente puede configurar impunidad en la persecución de los blanqueadores de activos.

En tal sentido y con el propósito de cerrar puertas a lagunas de impunidad, entra a tallar la ignorancia deliberada, entendida como aquella situación en la que intencionalmente el agente activo, pese a tener obligación -profana del hombre medio, ósea no específica- de conocer el sentido de la acción en la que él participa, se muestra indiferente para con ello, con el fin de evitar cualquier responsabilidad en caso se descubra alguna conducta criminal *a posteriori*. Es decir, el autor deliberadamente se pone en una posición de ignorancia frente al contenido del comportamiento en el que se involucra. Queda claro que el autor orienta dicho comportamiento frente a un aprovechamiento a su favor.

A nivel internacional, esta figura se encuentra positivizada en el Reglamento modelo CICAD, el que en su segundo artículo establece: Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con *ignorancia intencional* que tales bienes son productos de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves.

No es baladí agregar de nuestra parte que la *ignorancia deliberada* puede asimilarse con el dolo eventual, tomando epistémicamente como equivalentes al conocimiento doloso con el conocimiento de no querer saber. A nuestra consideración existiendo en la figura peruana la exigencia de que se ‘debía presumir’ (previsto en las modalidades previstas en el D. Leg. N° 1106) es que consideramos que la institución estudiada es perfectamente aplicable al delito de lavado de activos conforme a la realidad normativa peruana.

1.4.4.7. Antijuricidad

Estamos ante el segundo elemento del delito, el que puede entenderse tanto desde una perspectiva formal como material. Hablamos de antijuricidad formal cuando aludimos a aquella contrariedad entre la conducta desvalorada y la ilicitud del ordenamiento jurídico en su totalidad (descartándose antijuricidades de corte penal, civil, administrativo, etc.). Por otro lado, la antijuricidad material se refiere a aquella aptitud del comportamiento delictivo para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados.

De igual modo es necesario acotar que esta categoría del delito no puede valorarse en sentido positivo, pues en realidad se configura como un concepto ‘hueco’ en el que el trabajo a hacer por el operador es el puro descarte de la concurrencia de aquellas situaciones que significan su sentido inverso, me refiero a las llamadas causas de justificación.

1.4.5. Modalidades atenuadas de lavado de activos

Dentro de la propia sustantividad del delito de lavado de activos el legislador nacional ha creído atenuar ciertas figuras que configurando este ilícito penal, no demuestran alto nivel de antijuricidad ya sea por cuestiones cuantitativas o por criterios político criminales de carácter procesal en post del descubrimiento de organizaciones criminales relacionadas con el blanqueo de capitales.

1.4.5.1. Cuando el valor de los activos no es superior a cinco unidades de imposición tributaria

Al año 2020 el monto de la unidad de imposición tributaria asciende a cuatro mil trescientos soles, razón por la que, si los bienes que configuran el objeto material del delito no superan los veintiún mil quinientos soles, entonces estaremos ante esta figura atenuada. La consecuencia legal -para este caso- será la de rebajar la penalidad hasta un mínimo no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad y de ochenta a ciento diez días multa.

1.4.5.2. Cuando el agente proporciona información eficaz para evitar consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, incautar los activos ilícitos

Se trata de una manifestación del llamado derecho penal premial. El Estado peruano valora positivamente toda información que el agente proporcione a efectos de prevenir la comisión de nuevos delitos de lavado de activos, o en todo caso, si ya se hubieren cometido, de identificar y capturar a sus partícipes. La consecuencia legal -para este caso- será la de rebajar la penalidad hasta un mínimo no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad y de ochenta a ciento diez días multa.

1.4.6. Modalidades agravadas del Lavado de activos

1.4.6.1. Que el agente utilice y se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.

En ambos supuestos se trata claramente de un supuesto de abuso del cargo para aprovechar la información o conocimientos obtenidos a efectos de facilitar los buenos resultados de la operación blanqueadora de activos. En el primer caso se trata, por ejemplo, de un policía que pertenece a la unidad de lucha contra el lavado de activos y que, por ende, aprovecha de información privilegiada para participar en la comisión de lavado de activos.

En el segundo supuesto estamos, por ejemplo, ante aquel ejecutivo de una entidad financiera privada que se vale de los conocimientos especializados que tiene respecto al cruce de dinero en el tráfico comercial para coadyuvar a terceros en la comisión del delito de lavado de activos.

1.4.6.2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal

Es obvio que la utilización de una organización criminal a efectos de consumir el blanqueo de capitales resulta ser una circunstancia que manifiesta alto grado de tecnificación en el proceso de lavado de activos por parte del o los agentes, por ende, es que el legislador considera dicha conducta como altamente disvaliosa para con los fines buscados por el estado de derecho: la lucha contra el delito en todos sus frentes.

1.4.6.3. El valor de los activos es superior al equivalente a quinientas (500) unidades impositivas tributarias (UIT)

Estamos aquí ante un criterio cuantitativo por el que se desprende el alto nivel de antijuricidad en la acción criminal, pues se trata de blanquear ingentes sumas dinerarias que al ingresar al tráfico comercial de un determinado país puede llegar a desestabilizar o ‘ensuciar’ la economía nacional, con el nivel de deslealtad competencial que ello supone (frente a los dineros limpios, de procedencia lícita).

1.4.6.4. Los activos provienen de la minería ilegal, TID, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

Lo común que tienen los delitos que constituyen el delito previo en el lavado de activos para esta modalidad agravada, es el altísimo desvalor de acción y de resultados que su realización significa. El legislador peruano considera a la minería ilegal, al tráfico ilícito de drogas, al terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas como delitos que de por sí configuran grave corrosión a las bases mismas del estado constitucional de derecho, pues atacan de la

manera más vil los valores sociales más esenciales de la comunidad peruana, lo que posibilita que su aparición como delitos previos al lavado de activos sirvan como agravante cualitativa.

1.4.7. Autonomía del delito de lavado de activos y el rol asumido por el delito fuente

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional se han tejido dos tesis antagónicas en cuanto a la verdadera autonomía sustantiva del delito de lavado de activos, es decir sobre la idea que su configuración delictiva es independiente del delito previo o delito fuente. Mientras algunos sólo aceptan la llamada autonomía procesal, otros aceptan tanto esta como la ‘autonomía sustantiva’. A continuación, repasaremos algunas posiciones que se encuentran a favor de una o de otra.

1.4.7.1. Tesis que deniega la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos

Posición de Raúl Pariona Arana

Contra la total autonomía normativa del delito de lavado de activos se ha tejido, por parte de la doctrina nacional, una tesis que sólo acepta la autonomía procesal de dicho ilícito penal, obviando cualquier mención al aspecto sustantivo. Así, el profesor peruano Raúl Pariona Arana afirma que: (...) lo que se presenta en realidad es una autonomía de naturaleza procesal y no por el contrario una autonomía sustancial, esto subyace en el sentido que, el tipo penal de lavado de activos, así como su redacción típica, siempre implica una relación con el delito fuente.

Se parte aquí de una base política criminal, en el sentido de afirmar que el *thelos* del delito de lavado de activos en sí es desincentivar la comisión reiterante de delitos graves como el de TID, trata de personas, secuestro, corrupción, etc., por lo que entonces no cabe hablar de una autonomía, toda vez que el blanqueo de capitales está conectado siempre a un *delito fuente*.

Otro fundamento para negar la autonomía de lavado de activos se funda en una presunta ilogicidad que rayaría con la falta de sentido común. Así, se ha afirmado que: (...) no resultaría lógico afirmar que dichos bienes son objeto de lavado de activos si ergo no se ha logrado acreditar que los mismos provienen de un origen ilícito. Por lo tanto, es necesario la acreditación del delito del cual provienen los efectos o ganancias que serán destinados al circuito del blanqueo de capital. En tal sentido, la procedencia de ilegalidad debe ser acreditada.

En concordancia con el argumento sostenido precedentemente, se utiliza criterios de lógica formal, tipo *modus ponens*, pues se analiza la naturaleza de la consecuencia (bienes ilícitos) a partir de lo que debería ser hipotéticamente el carácter de los enunciados (hechos delictivos igualmente ilícitos), en otras palabras, quienes afirman tal tesis concluyen que la consecuencia debe seguirse de sus premisas.

Posición de Fidel Mendoza Llamacponcca

Este autor nacional, parte del análisis de la propia estructura típica del delito de lavado de activos para negar nuevamente su autonomía sustantiva. Para ello se partía (tiempo pasado, pues a la fecha este texto está modificado) del tenor del texto consignado en el artículo 10° del Decreto Legislativo N.° 1106 donde se desprendía literalmente: El delito de blanqueo de capitales goza de autonomía, para el inicio de las investigaciones y para la continuación del procesamiento no es menester que el delito fuente haya sido revelado o que previamente no haya sido objeto de condena (*el resaltado es mío*). En consecuencia, del propio tenor, y conforme al principio de legalidad, debería negarse la autonomía sustantiva del lavado de activos.

Asimismo, afirma este jurista que desde el *soft law*, la institución internacional especializada en la materia: el GAFI recalca la importancia del delito previo como elemento constitutivo del blanqueo de capitales. Así, en la última versión de sus cuarenta recomendaciones, dispuso que:

“(…) Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de 1 año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de 6 meses de privación de libertad”.

Finalmente, el citado profesor señala que: (...) quienes sostienen que el delito fuente no es un elemento del tipo penal de lavado de activos ejecutan una mera interpretación formal de los dispositivos 1° al 3° del D. Leg. N.° 1106, dejando de lado el dispositivo 10 y su segundo párrafo, así como las normas internacionales sobre la materia.

Es inaceptable que la interpretación formal de los artículos 1° al 3° de la referida norma conlleve a una conclusión inmediata que, puede y debe ser objeto de criminalización conductas formales que revistan de apariencia de ilicitud y no de ilegalidad. Por cuanto, una ilicitud civil, administrativa, societaria entre otros puede generar una conducta direccionada al blanqueo de capital; sin embargo, la naturaleza particular del delito de lavado de activos es dotar de legalidad a lo obtenido de una actividad criminal y no a un ilícito de otra naturaleza.

Posición de Dino Carlos Caro Coria

Para el profesor Caro (2016), no queda duda que el delito fuente que origina las ganancias ilícitas en el delito de lavado de activos constituye un elemento normativo del tipo objetivo, en razón que el operador, debe no sólo demostrar -a través de una operación valorativa de corte normativo- la concurrencia objetiva de este elemento, sino también que -desde una faceta subjetiva- el conocimiento y voluntad del agente abarca la existencia -al menos, a título de dolo eventual- del aludido delito fuente. Lo contrario generará la irresponsabilidad penal del imputado.

En tal sentido, nuestro ilustre penalista refiere: (...) pues bien, de lo expuesto es posible establecer que el delito previo es un elemento normativo propio del delito de lavado de activos, ergo, la ausencia de valoración de dicho elemento genera una validez típica indebida sobre el delito perseguido. En tal sentido, el elemento subjetivo no solo debe abarcar las conductas tendientes al blanqueo de capital, sino también de la procedencia misma de los bienes, efectos o ganancias.

Posición de la Corte Suprema en la Casación N.° 92-2017-Arequipa

Luego de un intenso debate en la dogmática nacional, en agosto del año 2017 la Segunda Sala Penal transitoria de la Corte Suprema, emitió la Casación N.° 92-2017-Arequipa, decantándose por la tesis que asume, sin lugar a dudas, la naturaleza de elemento normativo típico del delito fuente. En esta jurisprudencia fechada el 08 de agosto de 2017 (actualmente desautorizada por la Corte Suprema peruana), en sus fundamentos 17° y 18° asume la postura

aludida de considerar al delito previo y su vinculación con el lavado de activos como elemento normativo del tipo objetivo, y en consecuencia de exigible probanza tanto en su faz objetiva, como subjetiva. Esta casación señala expresamente en los citados fundamentos jurídicos:

“(…) No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1º, 2º y 3º, del Decreto Legislativo N.º 1106, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena... Negar que el delito previo constituye elemento normativo del delito de lavado de activos implicaría defender «una interpretación formal y asistemática de los artículos 1º, 2º y 3º del D. Leg. N.º 1106, sin ninguna vinculación con el artículo 10º, segundo párrafo (de dicha norma. Con la referencia, en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N.º 1106, a un origen ilícito» de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), el legislador simplemente quiso «evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de todos los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10º». En este último artículo, precisamente, es la propia norma la que se encarga de señalar una lista ejemplificativa de delitos fuente”.

1.4.8. Tesis que asume la teoría de la autonomía procesal y sustantiva del lavado de activos

a. Posición de Víctor Prado Saldarriaga

Respecto de aquellos juristas que, por el contrario, asumen la autonomía sustantiva del delito de lavado de activos frente al delito fuente, encontramos al juez supremo Dr. Víctor Prado Saldarriaga, quien sostiene: (...) la acreditación del delito previo se constituye como un presupuesto de indiscutible exigencia solo frente a la agravante prevista en el párrafo tercero del artículo 4ª de la ley de lavado de activos, por cuanto así lo ha establecido el legislador.

Es decir, para el profesor sanmarquino, la prueba del delito fuente con el comportamiento consistente en el lavado de activos sólo es exigible si se trata del lavado agravado previsto en

el segundo párrafo del artículo 4° del D. Leg. N.° 1106 que prescribe que la pena estará conformada por 25 años de pena privativa de libertad cuando el dinero, bienes o efectos gananciales provengan de actividad ilícita como la minería ilegal, el conocido tráfico ilícito de droga, el terrorismo y entre otros delitos. Llega a esta conclusión pues sólo aquí es donde el alto grado de antijuricidad justificaría una exigencia mayor dentro de las investigaciones y enjuiciamientos.

Posición de Marcial Eloy Páucar Chappa

En similar dirección a la anterior, Eloy Páucar Chappa alegó que el acto anterior deviene delictivo sólo si es necesario por las circunstancias agravantes del segundo párrafo del artículo 4, cuando se determina que el conocimiento del agente de los actos anteriores en él es absolutamente necesario.

El citado jurista peruano, al igual que el profesor Prado Saldarriaga (de quien es su conocido discípulo), restringe la exigencia de probanza del delito fuente para los supuestos de lavado de activos agravado previstos en el penúltimo párrafo del artículo 4° del D. Leg. N.° 1106. Llega a esta conclusión, pues considera que el artículo 10° de este mismo decreto tiene naturaleza declarativa -conforme a su exposición de motivos- y, por ende, más allá de expresar literalmente la autonomía del lavado de activos- no cumple ninguna función complementaria con las modalidades contenidas en los primeros artículos del referido dispositivo.

Posición de Tomás Gálvez Villegas

Por su lado, el Fiscal Supremo Tomás Gálvez Villegas señala: (...) en consecuencia, para probar que estamos ante el delito conocido como lavado de activo, sólo es necesario probar la conexión entre la causa penal del delito y el hecho delictivo, establecer dicha conexión, y probar la existencia del hecho delictivo propiamente dicho, probar la infracción penal anterior no, sino que simplemente confirma la conexión entre los fondos ilegales y la actividad delictiva establecida en el artículo 10° de la Ley (D. Legislativo N.° 1106 *(el resaltado es mío)*).

Como se aprecia, la postura de Gálvez Villegas, a diferencia de la de Prado Saldarriaga o de Páucar Chappa, es moderada, pues no niega que haya exigencia de probanza entre el lavado de activos (en cualquiera de sus modalidades, ya sea básica, atenuada o agravada) y la

actividad criminal previa de la que se originan los activos ilícitos, sino que esta acreditación - a nivel probatorio, particularmente indiciaria- debe limitarse no sobre un delito particularmente analizado, con sus circunstancias de tiempo, lugar, modo, etc., sino que debe alcanzar una probanza de una actividad criminal genérica, eso sí, de la que no quepan dudas de su naturaleza delictiva.

Ante este escenario, el legislador nacional modificó el artículo 10° del D. Leg. N.° 1106 (que era justamente el dispositivo cuya interpretación literal daba pie a la supuesta proscripción de la autonomía sustantiva del lavado de activos) a través del Decreto Legislativo N.° 1249, reafirmando la opción político criminal asumida por el artículo 10° sobre la autonomía procesal y sustantiva del citado ilícito penal. En tal sentido, su texto reformado y vigente a la fecha, reza: El delito de blanqueo de capitales es un delito que goza de autonomía para su investigación y para la imposición de una sanción, en consecuencia, no es necesario acreditar el delito fuente. Reafirmando esta postura de autonomía sustantiva, la Exposición de Motivos de este D. Leg. N.° 1249 señala: De otra forma, el artículo 10° de la ley de lavado de activos, permite hacer una interpretación literal y arribar a una conclusión inmediata en cuanto al tema de análisis, es decir, para la investigación y sanción no es necesario la acreditación del delito fuente.

Posición asumida por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia Plenaria N.° 01-2017/CIJ-433

Por último, sabido es que ante la emisión de Casación N.° 92-2017, las Salas Penales de la Corte Suprema peruana en su conjunto emitieron la sentencia plenaria N.° 01-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre de 2017, en la que -de manera vinculante- se decantó por la autonomía procesal y sustantiva del delito de lavado de activos. Así señaló expresamente que la normativa nacional sobre el delito de lavado de activos se basa esencialmente en lo normado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, a través de su reglamento Modelo sobre Lavado de Activos relacionado con el TID, en tal sentido, estableció lo siguiente:

“Asimismo, porque el Reglamento Modelo demandó expresamente, desde su versión original, el reconocimiento político criminal y la criminalización de las conductas representativas del lavado de activos como un delito autónomo. En efecto, el inciso 6) del artículo 2° del texto de 1992, luego de describir los actos de lavado de activos,

dispuso textualmente lo siguiente: Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos. Dicho mandato normativo, pese a las sucesivas reformas producidas en la redacción original, ha sido conservado en lo fundamental por la fórmula legal actualmente vigente del mismo Reglamento de 2010, la cual reitera lo siguiente, los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave. Tomando en cuenta los antecedentes reseñados, no es posible, rechazar o poner en duda la autonomía declarada del delito de lavado de activos en nuestro sistema penal. No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad, obstruir o evitar la investigación, juzgamiento y sanción de un delito de relevante significado político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancias, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los bienes objeto de posteriores operaciones de colocación, intercalación o integración. Optar por una forzada interpretación de esas características, conllevaría vaciar de contenido el objetivo y la utilidad político criminal del artículo 10°, debilitando con ello el efecto preventivo general que hoy tiene la criminalización nacional e internacional del delito de lavado de activos; lo cual, además, deviene en incoherente e inoportuno en un contexto evidente de preocupación social por el rebrote generalizado de la corrupción del sistema atribuidas a personas expuestas políticamente y su potencial impunidad”.

En consecuencia, la máxima instancia de la justicia ordinaria ha tomado posición por la autonomía procesal y sustantiva del delito de lavado de activos, tesis a la que el suscrito se adscribe no sólo por cuestiones político criminales -la exigencia de la probanza absoluta del delito fuente con todas las circunstancias de hecho y de derecho que la configuran harían imposible en el plano fáctico la obtención de condenas por lavado de activos- sino además porque la propia norma así lo ordena (ver el artículo 10° del D. Leg. Reformado a la fecha). Es más, para el inicio de la indagación por este ilícito penal, nuevamente, la Corte Suprema ha referido que or tanto, sería procedente que el tribunal reconozca la persecución del delito

del conocido delito de lavado de activo y señale que sólo debe respetarse la siguiente presunción para posibilitar su tramitación:

A. “La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos forenses que reúnen de manera especializada las tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODC y GAFILAT [cfr.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Guía Práctica para analistas financieros, UNDOC, Lima, 2012, GAFISUD. Tipologías Regionales GAFISUD – 2010, Costa Rica, diciembre, 2010]”.

B. “La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N.° 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N.° 1246”.

1.5. La extinción de dominio

1.5.1. Aspectos generales

Sabido es que en la teoría general del proceso suele dividirse el proceso en cinco etapas bien marcadas, a la sazón: postulatoria, cognoscitiva, decisoria, ejecutoria e impugnatoria. Las dos últimas encuentran actividad luego de la emisión de una sentencia firme.

Trasladado ese razonamiento al proceso penal, tenemos que éste cuenta con una serie de consecuencias jurídicas luego de una condena (fase ejecutoria): no solo las de carácter personal (como la privación de libertad, por ejemplo), sino también aquellas que tienen que ver con el patrimonio de la persona a quien se dirige la condena, entre estas últimas, podemos encontrar, entre otras, al decomiso o comiso (art. 102° del Código Penal peruano, art. 494° del Código Procesal Penal peruano).

Sin embargo, siguiendo la tradición procesal del *civil law* y en relación a la presunción de inocencia, se ha afirmado que la pérdida del patrimonio de quien delinque -siempre que tal patrimonio tenga vinculación directa o indirecta con el delito cometido- debe estar sujeto en todos los casos a una declaración oficial del Estado que afirme la responsabilidad penal del condenado. A *contrario sensu*, no podría ejecutarse o disponerse de los bienes del procesado

hasta que haya una sentencia de condena firme que declare la responsabilidad penal del mismo.

El argumento, a nivel constitucional, de este razonamiento viene constituido por la garantía de la presunción de inocencia [art. 2º.24 e) de nuestra Carta Magna], la misma que contiene como una de sus manifestaciones la llamada regla de tratamiento, por la cual, dentro de un proceso penal debe tratarse como inocente al imputado hasta la etapa final. Recién con la decisión final del Juzgador es que se confirmará o descartará esta regla. Entonces, si esto es así, en virtud de esa regla de tratar como inocente al procesado es que era materialmente imposible que el Estado pueda disponer de los bienes vinculados -directa o indirectamente- con el crimen; en consecuencia, había que esperar siempre una condena firme contra el imputado para recién poder disponer de los mismos.

Ante este escenario, es que el legislador tomó la opción político criminal de combatir el crimen ya no solamente en la vertiente personal (entiéndase, contra la persona del delincuente) sino también contra su patrimonio, entendiéndose que la gran mayoría del delitos en los que se incurre en esta época moderna tienen que ver necesariamente con las ganancias patrimoniales ilícitas; por lo que el iniciar y disponer de estos bienes ilícitos a la brevedad posible -siempre con el respeto de las garantías esenciales del imputado- se convierte en una medida indispensable para desincentivar el crimen, al menos rebajarlo a topes mínimos y razonables.

Es que a partir de la experiencia colombiana nuestro legislador nacional ha optado por incorporar a nuestra realidad jurídica la figura de la *acción de extinción de dominio*, por la cual, dando respuesta a la problemática planteada, es que paralelamente al proceso penal seguido contra el imputado contra ciertos delitos de connotación económica, el Ministerio Público obtiene legitimidad para ir también sobre los bienes de los agentes del delito, pudiendo incluso declarar la pérdida de dominio o propiedad de estos, para declararlos a favor del estado, en el entendido que es este último el realmente afectado frente a acciones constitutivas de acopio de patrimonio ilícitamente obtenidos. Esta posición encuentra fundamento constitucional en el derecho fundamental a la propiedad, previsto en el art. 70º de nuestra Constitución, la misma que interpretado en clave sistemática con las demás disposiciones constitucionales, solamente reconoce aquella propiedad lícita, es decir, aquella que se obtuvo con medios previstos y aceptados por el ordenamiento jurídico, *ergo*, los que no se sujeten a esta situación, no tendrán reconocimiento jurídico por parte del estado.

Por tanto, el proceso de extinción de dominio deviene en autónomo pues no se encuentra supeditado al inicio, avance o término del proceso penal que en paralelo se le pueda seguir a la persona presuntamente propietaria de los bienes perseguidos por el estado. Así, por ejemplo, la prescripción de la acción penal o causal de extinción u otro análogo en absoluto impiden el inicio y prosecución del proceso en comento.

1.5.2. Antecedentes legislativos internacionales

Nuestra acción de extinción de dominio, conocida en otras latitudes como confiscación *in rem*, decomiso civil (*civil forfeiture*) o decomiso sin condena, cuenta con una serie de antecedentes normativos internacionales, mayormente construidos a partir del consenso de la comunidad internacional en formular políticas que sirvan como modelos a los Estados en la lucha político criminal contra el crimen organizado. A continuación, veremos cuáles son los principales instrumentos jurídicos que figuran en este tópico.

1.5.2.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Adoptada el 31 de octubre de 2003 por la Asamblea General de la ONU (Organización de las Naciones Unidas) a través de la resolución 58/4, del mes de agosto de 2018, a partir de la iniciativa de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). La figura del decomiso sin condena (más conocido como *extinción de dominio* en nuestro país) guarda reconocimiento en el artículo 54° de su texto, al señalar taxativamente en el *ítem* Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso.

1.5.2.2. Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GADFI)

Este documento fue elaborado por la GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional, en inglés: *Financial Action Task Force*, o FATF), que es una persona moral de carácter intergubernamental fundada en 1989 por el grupo de los ocho países más poderosos del plano internacional (más conocido como el G8). La lucha contra el lavado de activos y la financiación del fenómeno terrorista son los propósitos principales de la GAFI. Así es encomiable el objetivo previsto en la recomendación 3), parte 3) del documento denominado 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional relacionado al decomiso sin condena (figura semejante, sino idéntica, a nuestra acción de extinción de dominio): *Los*

estados podrán adoptar otras alternativas que permiten el embargo de los instrumentos del delito de blanqueo de capitales.

1.5.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Instrumento jurídico de fecha 20 de diciembre de 1988, que tiene entre sus principales objetivos el plantear criterios para la regulación del comercio lícito de los químicos precursores para el control de drogas, realizado por la Convención sobre sustancias psicotrópicas de dicha organización internacional. Como políticas adyacentes, y no por eso menos importante, plantea medidas de corte normativo para la lucha contra el blanqueo de capitales y otros ilícitos relacionados al tráfico de drogas.

En su artículo 1° plantea las principales definiciones para el alcance de sus objetivos, entre ellas, el de *decomiso*, definiéndolo como la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente.

De igual modo, entre las medidas relacionadas al correcto ejercicio del decomiso por los estados intervinientes, en sus artículos 2° y 5°, de forma copulativa establecen que: “Cada estado deberá de adoptar medidas que conlleven al decomiso de los bienes, efectos o ganancias que provengan de actividades delictivas”.

1.5.3. Antecedentes legislativos nacionales

La extinción de dominio como novísima figura de lucha contra la criminalidad se introdujo en el Perú a través del Decreto Legislativo N.° 992 del 22 de julio de 2007 -la cual era una mera reproducción de la Ley de Extinción de Dominio Colombiana N.° 793 del 27 de diciembre de 2002 (actualmente existe un Código de Extinción de Dominio en Colombia). Queda claro que la inoperatividad pragmática de este dispositivo se refleja en la inexistencia de condenas que sobre este supuesto jurídico se dieron en el lapso de su vigencia, quizá tanto por la incomprensión que en el fondo tuvieron los operadores jurídicos encargados de su aplicación, así como la poca difusión que esta ley tuvo en la comunidad jurídica, lo que en verdad dificultó su real operatividad.

Luego, con las inconsistencias advertidas de dicho dispositivo, este fue modificado por la Ley N.° 29212 del 18 de abril de 2008, y ya con fecha 18 de abril de 2012 mediante el Decreto Legislativo N° 1104 se modificó la Ley de Pérdida de Dominio (manteniendo tal *nomen iuris*

en ese entonces), ambas con idéntico resultado al dispositivo legal primigenio, es decir, con resultados negativos en cuanto a la real aplicación de la misma.

Ante el fenómeno anotado precedentemente es que el 03 de agosto de 2018 entra en vigencia la actual norma jurídica -Decreto Legislativo N.º 1373- que regula la ahora llamada extinción de dominio, la cual tiene como objeto material que todo efecto o elemento patrimonial proveniente de actividades ilícitas son precisamente, contra el medio ambiente, el terrorismo, contra la administración pública, secuestro, criminalidad organizada, entre otro tipo de actividades ilícitas con capacidad de generar dinero o bienes patrimoniales.

Como novedad, en comparación con sus antecedentes normativos, el actual dispositivo legal señala que las medidas cautelares sobre bienes inscribibles dictadas por el órgano judicial conforme al proceso de extinción de dominio se inscriben en el registro público correspondiente por el solo mérito de la resolución que ordena la medida.

1.5.4. Definición

En realidad, como ya se anotó anteriormente, es importante acotar que técnicamente, la acción de extinción de dominio, no es una acción jurídicamente en sí, sino una pretensión de corte real y patrimonial, que persigue bienes intrínsecamente relacionados a lavado de activos. Sin embargo, con fines didácticos y con ánimos de no contrariar lo sostenido por gran parte de la doctrina, la investigación se aludirá a la *acción de extinción de dominio*, solo de manera nominal, debiendo entenderse en realidad como *pretensión de extinción de dominio*.

Consideramos en cuanto a su definición, que la norma jurídica peruana que regula a la extinción de dominio -D. Leg. N.º 1373- define tanto a la acción (pretensión) de extinción de dominio como a la extinción de dominio entendida como resultado (luego de la consecución del proceso en concreto).

El legislador nacional, a partir del D. Leg. N.º 1373 señala que la acción (pretensión) de extinción de dominio es aquella acción autónoma, real y de contenido patrimonial que persigue bienes que constituyan bienes que tienen estricta vinculación con la comisión de delitos, tales como el crimen organizado, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, entre otros que tengan capacidad de generar bienes de procedencia ilícita.

En consecuencia, la extinción del dominio del régimen jurídico-propietario por el cual se declara a favor del Estado la propiedad de los medios, objetos, bienes y efectos del delito, por decisión de la autoridad competente, en el procedimiento prescrito.

Ligando la extinción de dominio a su naturaleza subsidiaria frente al decomiso es necesario acotar que en los supuestos en que, en ciertos casos, como en los que se produce la prescripción de la acción penal, u otra forma de clausura del proceso penal, así como que las ganancias obtenidas del delito hayan sido reveladas con posterioridad a la culminación del proceso, en estos casos la acción de extinción no podrá concretarse.

1.5.5. Naturaleza

El artículo 3° del D. Leg. N.° 1373, regula el proceso de extinción de dominio señalando: El proceso de extinción de dominio, además de autónomo, es de carácter real y de contenido patrimonial.

El proceso de extinción de dominio es autónomo, pues pese a tener estrechez de vinculación epistémica con el proceso penal (a partir de los delitos relacionados a la procedencia ilícita de los bienes) y con el proceso civil (en razón de la pretensión nulificante de actos jurídicos que se tramitan en esa vía procesal), si bien comparte con ellas las garantías esenciales que conforman un debido proceso en general, no sintoniza con los principios que en particular sustentan la lógica de aquellos instrumentos jurídicos (por ejemplo con principios como presunción de inocencia o *in dubio pro reo*, refiriéndonos al ámbito penal).

Así, desde la jurisprudencia colombiana se ha afirmado que la extinción de dominio implica un proceso que con una acción que es totalmente autónoma al ejercicio del *ius puniendi* e incluso al derecho civil. La naturaleza de este tipo de proceso no estriba en la generación de la prevención de comisión delictiva ni a la resolución de un conflicto de intereses privados, la razón reposa en la estabilidad del mercado, administración de justicia y otros valores directamente relacionados con la estabilidad del estado.

Coincidimos con el profesor colombiano Ospino (2004), cuando se afirma que en todo caso la extinción de dominio se encuentra más cercana a los postulados del derecho civil sustancial que los del proceso penal, lo que en absoluto significa que la esencia de la misma sea de carácter civil. Así el referido jurista enseña que, si bien el proceso de pérdida y extinción

puede que se encuentre más cerca de los lineamientos del derecho civil que incluso del propio derecho penal, esta no es una sanción, sino una acción de tipo real. (p. 63).

El proceso es de carácter real pues conforme a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia peruana, puede ser instaurado en contra de cualquier derecho real, independientemente de quien sea el titular del bien ya que, nuestro ordenamiento jurídico no consiente la titularidad obtenida a través de actos delictivos los cuales se encuentran al margen de la constitución y el derecho civil. El profesor Gálvez (2018) enseña que esta acción es real, porque se dirige contra los bienes, activos o derechos reales, independientemente de quien los posea o detente (no se dirige contra personas) (p. 262).

Finalmente, el que sea de contenido patrimonial, se refiere a que el proceso de extinción de dominio sólo tiene como objeto material de persecución y posterior titularidad a favor del estado de bienes valorables económicamente, por tanto, se descarta cualquier otra clase de objetos que no cuenten con este requisito por más valor extrapatrimonial que pueda tener.

1.5.6. El proceso de extinción de dominio es ajeno a garantías del proceso penal

De acuerdo a los contenidos incorporados por el legislador peruano en cuanto a la figura de la extinción de dominio, queda sumamente claro que su naturaleza resulta autónoma, lo que en pocas palabras significa que al tratarse de un proceso distinto, que contiene una pretensión real y patrimonial, no comparte -en atención a ello- la totalidad de los principios del proceso penal, pese a su evidente relación con éste, en atención a los delitos de los que podría provenir los bienes en controversia.

En este sentido, desde el derecho comparado vemos que la Corte Constitucional colombiana en el fundamento jurídico 36) de la sentencia N.º C-740/03 -que revisó la constitucionalidad del código colombiano de extinción de dominio- señaló expresamente en relación a este tema que, en primer lugar, la Corte debe reiterar que se trata de un acto constitucional del pueblo, competente, independiente, directa y explícitamente regulado, y vinculado al sistema constitucional de derechos de propiedad. En consecuencia, al no ser en modo alguno parte del ejercicio de la potestad penal del Estado, no le son transferidas las garantías constitucionales relativas al delito, al proceso penal y a la sanción. Así, en una demanda de dominio por posesión, no se puede hablar de presunción de inocencia y, en consecuencia, de prohibición de invertir la carga de la prueba, porque estas garantías contradicen el carácter constitucional de la demanda.

En el Perú, la autonomía en cuanto a la observancia de garantías propias del proceso de extinción de dominio, no siempre coincidentes con las del proceso penal, ha quedado plasmado en el art. 9° del Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto Supremo N° 007-2019-JUS.

1.5.7. Extinción de dominio e irretroactividad de la ley

Se ha sostenido como crítica a la acción de extinción de dominio, que su aplicación no puede alcanzar a supuestos respecto de bienes que hayan sido adquiridos con anterioridad a la ley vigente que regula su procedimiento y eventual imposición -en el caso peruano, el Decreto Legislativo N.° 1373 de fecha 03 de agosto de 2018- pues lo contrario vulneraría el principio de irretroactividad de la ley sostenida en el art. 103° de nuestra Constitución Política de 1993.

Al respecto queda claro que la extinción de dominio, entendida como consecuencia, más que constitutiva, es declarativa, pues en realidad lo que hace a partir de su fundabilidad no es anular una propiedad lícita que hasta el momento se tenía sobre el bien objeto material de la pretensión, sino que en verdad lo que se da es la declaración de la titularidad del estado -esta vez, oficial- respecto de los bienes anotados, al entender que en realidad la propiedad que supuestamente tenía el individuo era solamente aparente, en el sentido que una propiedad que vaya contra el ordenamiento jurídico en clave de ilicitud nunca pudo ser una propiedad reconocida jurídicamente como tal.

Por todo ello, es perfectamente posible que en la fecha se instaure un proceso de extinción de dominio sobre bienes ilícitos adquiridos (supuestamente) con fechas anteriores al 03 de agosto de 2018, por las razones acotadas.

Con similar razonamiento la Corte Constitucional colombiana ha dado cuenta en el fundamento jurídico 44) de la sentencia C-740/03 de lo hasta aquí esgrimido, señalando literalmente que el tribunal no acepta el argumento del demandante, porque viola el verdadero significado de la irreversibilidad legal, que implica proteger a los ya protegidos por el estatuto de posibles futuras acciones arbitrarias de los legisladores, quienes pretendan atropellarla en desprecio de los privilegios adquiridos por razones políticas o de otra naturaleza. Tal institución no es ahora, ni fue un medio para legalizar lo que siempre había sido ilegal.

1.5.8. Extinción de dominio y presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia es un pilar del nuevo modelo procesal penal, principalmente inspirado en el sistema corte acusatorio garantista, este sistema contiene tres elementos primordiales, el tratamiento del imputado como un requisito del juicio y como una dirección del desarrollo de la actividad probatoria (art. II.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 - CPP). El derecho garantía de presunción de inocencia pretende imponer que el acusado, durante el desarrollo del proceso penal, sea tratado como inocente y su inocencia solo podrá ser enervada en virtud de la prueba de cargo actuada por el fiscal, la misma que deberá de llegar al grado de certeza para descartar la presunción de inocencia (Talavera, 2009, p. 35).

Conforme se viene asegurando en nuestra investigación, al no compartir ciertas garantías del proceso penal, el proceso de extinción de dominio se autonomiza de aquel. Una de estas garantías por cierto viene constituida por la presunción de inocencia, la misma que en su figura de regla probatoria exige que la carga de la prueba sea ejercida por quien acusa -en este caso, quien afirma o póstula primigeniamente una pretensión contra el demandado-, figura que no se cumple en el proceso de extinción de dominio por la sencilla razón que aquí lo que se persigue no son personas, sino cosas y bienes de aquellas. Ello no significa en absoluto que de plano el estado pueda partir de una presunción de ilicitud de los bienes objeto material en este proceso, ello sería inconstitucional, sin embargo, así como la Fiscalía debe probar lo postulado, el demandado, en este caso los supuestos titulares de los bienes de presunta procedencia ilícita deben también probar la licitud de los mismos. En tal sentido, atendiendo a quién de las partes tenga una mejor posición para probar sus respectivas posiciones es que nos encontraremos ante la figura de la *teoría dinámica de la carga de la prueba*. Por esto afirmamos una vez más que la presunción de inocencia no aplica en el proceso de extinción de dominio.

1.5.9. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio

Según el Título Preliminar, art. III.3.3. del D. Leg. N.º 1373, precisa que son bienes susceptibles de extinción de dominio: todos aquellos que, según las definiciones de los artículos 885º y 886º del Código Civil, son muebles e inmuebles. Igualmente lo son las partes integrantes, accesorios, frutos y productos de esos bienes.

El artículo 8° del Reglamento del Decreto Legislativo que regula la Extinción de Dominio, Decreto Supremo N° 007-2019-JUS, establece que el fiscal especializado es quien determina que un bien patrimonial posee un interés económico relevante, conforme a los siguientes criterios:

- a) Los bienes tienen un valor igual o superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias;
- b) Se trate de dinero en efectivo; o,
- c) Cuando a criterio del fiscal su uso o enajenación sea beneficioso al Estado, siempre que los recursos que se inviertan para su consecución no sean mayores que su valor o rentabilidad.

Sin embargo, a renglón seguido, el artículo 8°.2. del mismo Reglamento señala una excepción a la observancia de los criterios precedentemente previstos, refiriendo expresamente que Tratándose de bienes patrimoniales cuyo uso o destinación tengan un fin ilícito, el fiscal especializado evalúa dar inicio de la indagación, sin considerar los criterios antes establecidos.

La procedencia del proceso de extinción de dominio se da en los casos que a continuación pasaremos a exponer, conforme al artículo 7° del D. Leg. N° 1373.

1.5.10. Fundamentos de la extinción de dominio

Siendo el proceso de extinción de dominio una respuesta del plan político criminal establecido por el estado peruano para combatir la delincuencia desde el frente patrimonial, al tratarse de actos estatales que modifican la situación fáctica de ciertas detenciones de derecho reales (aparentes derechos reales) debe justificar cada uno de tales actos a efectos de observar el *principio de interdicción de la arbitrariedad* al ejercer tal función extintiva de dominio respecto de bienes supuestamente perteneciente a terceros.

1.5.10.1. En los objetos del delito

El fundamento en este caso recae en la peligrosidad de los objetos resultantes del delito para afectar los bienes jurídicos que se procuran preservar, como la salud pública, la tranquilidad pública, etc. Esta peligrosidad es evidente pues tratándose de objetos sobre los que recae la

acción material del delito es posible que ello se convierta eventualmente en un activo que puede ser lucrativamente provechoso para el criminal.

1.5.10.2. En los instrumentos del delito

Cuando se trata de herramientas del crimen, el profesor Percy García señala que el marco de los instrumentos utilizados para el delito también se basa en el riesgo objetivo, pero señaló específicamente que pueden usarse para cometer nuevos delitos similares. No sólo se incluye el material como prueba del delito, sino que también se incauta para excluirlo del alcance del imputado o de un tercero extinguido en su dominio a favor del supuesto propietario, si no se quiere que vuelva a ser utilizada con los mismos fines delictivos. De igual manera debe procederse con instrumentos del delito especialmente peligrosos como las armas de fuego, los explosivos, etc. (García, 2008, p. 748).

1.5.10.3. En los efectos y ganancias

En el extremo de los efectos del delito, su fundamento deviene en el fin inconstitucional de generarse riqueza a través del delito, situación que el estado de derecho no puede permitir en absoluto, pues el crimen no es un título legítimo para obtener bienes, dineros o cualquier tipo de activos a favor de alguien. Las ganancias, al ser productos inmediatos de los efectos del delito, comparte este mismo fundamento que el de los efectos, esto es, el de deslegitimar cualquier acción constitutiva de enriquecimiento ilícito.

Aquí es válido acotar, una vez más, que al atacar el patrimonio criminal constituido mayormente por los efectos y ganancias del crimen organizado- el estado trata de desincentivar con potenciales buenos resultados- el accionar delincuencia en nuestro país.

1.5.11. La prueba en el proceso de extinción de dominio

En el lenguaje común, prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición (Carnelutti, 2018, p. 72).

Nuestro Tribunal Constitucional, en el fundamento 15) de la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-PHC, refirió textualmente, en relación al derecho de la prueba, se trata de uno de los derechos más importantes dentro del proceso, pues si se limitaría el derecho a la prueba se adelantaría en realidad el pronunciamiento del tribunal, de tal forma que, solo a través de la obtención de la fuente y su debida actuación en el desarrollo

probatorio podrán hacer valer las partes de contradecir los hechos formulados por su contraparte, de esta manera se garantizaría el derecho de defensa y en consecuencia la emisión de la sentencia debería de cumplir con una motivación adecuada en razón de la prueba actuada.

Dentro del proceso de extinción de dominio se garantiza el libre ejercicio del derecho fundamental a la prueba (Taruffo, 2012, p. 35). Así, al igual que el nuevo código procesal penal, se proclama la vigencia del *principio de libertad probatoria*, siempre que tales medios sean pertinentes, conducentes, útiles y lícitos. Respecto a esto último, se prevé la regla de exclusión probatoria en supuestos de prueba ilícita (Miranda, 2012, p. 66).

De otro lado, se prevén la aplicación de figuras de reciente connotación como son las de prueba anticipada y prueba trasladada. Por último, el legislador consagra, como tenía que ser, el sistema de la sana crítica, como criterio de ineludible obligación para el juzgador, en tal sentido, éste debe observar las reglas de la lógica, la ciencia y de las máximas de la experiencia a efectos de asignar el valor probatorio individual y conjunto del material probatorio introducido válidamente por las partes.

No es baladí resaltar que en este proceso se ha regulado, a nuestro entender, la *teoría dinámica de la carga probatoria*. Así, el artículo II.2.9 del Título Preliminar del D. Leg. N° 1373 establece literalmente: Para la formulación de la demanda en el proceso de pérdida de dominio es el fiscal responsable del caso quien debe de ofrecer los medios probatorios que adviertan la ilicitud y de la procedencia de los bienes a decomisar, ello es fundamental para declarar la admisibilidad de la demanda.

El *onus probandi*, o carga de la prueba dentro de cualquier proceso jurisdiccional, deviene en una especie del género carga procesal pudiendo definirse como aquella exigencia procesal, la primera en relación al magistrado, que le indica que una forma de valoración probatoria, la misma que de forma trascendental sigue las reglas de la sana crítica. (Rosengerg, 2002, p. 32). Esta carga de la prueba, según la teoría dinámica que así la considera, debe distribuirse eficientemente entre las partes.

La teoría de la carga dinámica de la prueba es entendida como aquella que exige que quien se encuentre en mejor posición de demostrar su pretensión, debido a factores fácticos, por ejemplo, tenga la obligación de demostrar su tesis dentro del proceso judicial. Así, queda claro, una vez más, que la garantía de la presunción de inocencia (natural en el proceso penal)

no es aplicable en este proceso, al no perseguirse aquí a personas, sino a bienes. Por tanto, no puede interpretarse como si el fiscal no tuviera la obligación de probar su imputación contra la parte demandada, todo lo contrario, pues más allá que el emplazado tenga también esta obligación (dependiendo del estadio procesal), esto no significa en absoluto que la función del Ministerio Público se relaje injustificadamente. (Pablo, 2009, p. 167).

1.5.12. Evitación de resultados contradictorios entre el proceso penal y el proceso de extinción de dominio

Con todo, atendiendo a la inescindible relación que existe entre el delito -acción típica, antijurídica y culpable- con los bienes que son perseguidos en un proceso de extinción de dominio, la pregunta cae por su propio peso *¿Qué pasaría si en el proceso penal no solo se descarta la responsabilidad penal del imputado, sino que además se acredita su inocencia? ¿y si antes de llegar a esta sentencia absolutoria, se llegó a transferir el dominio de uno o más bienes de ese mismo imputado vía extinción de dominio? Recuerdese que la única excepción oponible a la pretensión de extinción de dominio postulada por el Ministerio Público es aquella adquisición de buena fe y a título oneroso. ¿Qué pasa si en el proceso de extinción de dominio se declaró la transferencia de dominio a favor del Estado por el solo hecho de tratarse de una donación o herencia, cuando en el proceso penal quedó probada la inocencia del imputado?*

Este escenario puede ser palpable en la realidad, pudiendo existir sentencias contradictorias - una en el proceso penal y otra en el proceso de extinción de dominio- con el consiguiente perjuicio del individuo indagado por el Ministerio Público.

Realmente considero aquí que, en tal escenario cuando aún no exista una sentencia definitiva en el proceso penal que establezca la responsabilidad penal del imputado, pero sin embargo se efectiviza la extinción de dominio, puede eventualmente vulnerarse los derechos a la presunción de inocencia y a la propiedad, así como al principio de no confiscación. Se trataría de una clara relajación de las garantías que toda persona tiene en un estado constitucional de derecho.

Y es que por más que se quiera independizar del todo este proceso de extinción de dominio del proceso penal, ello no es de recibo, pues justamente los bienes sobre los que recae resultan ser aquellos vinculados intrínsecamente con el evento criminal indagado.

Esto se acentúa si como vemos *la acción de extinción de dominio no es más que un decomiso fuera del proceso penal*, entonces si esto es así, llegamos a la necesaria conclusión que aquel proceso debe ser subsidiario al proceso penal, es decir, debería incoarse solo en aquellos casos en que por distintas causas no se haya podido iniciar o concluir un proceso penal contra la persona involucrada con los bienes perseguibles vía extinción de dominio y supuestos afines.

En realidad, esta acción de extinción de dominio se sustenta en la propia pretensión de decomiso (tiene la misma estructura y ataca la misma clase de bienes), solo que opera cuando dicha pretensión no puede ejercitarse en el proceso penal por distintos supuestos; como por ejemplo, cuando no se puede iniciar (por extinción de la acción penal) o continuar el proceso penal (por ausencia o contumacia del imputado), cuando los instrumentos, efectos o ganancias se descubran con posterioridad a la conclusión del proceso penal seguido contra el imputado (concluido con condena). De igual forma, cuando los bienes provenientes de actividades delictivas que vayan a constituirse como instrumento delictivo propio del lavado de activos, el decomiso se podrá realizar por un valor equivalente a los bienes ocultados. (Gálvez, 2013, p. 264).

1.5.13. Supuestos de procedencia subsidiaria propuestos para el proceso de extinción de dominio

Es obvio que en el actual D. Leg. N.º 1373, que regula el proceso de extinción de dominio no se establecen supuestos para su procedencia, ello en razón que, para el legislador nacional, al tratarse de un proceso independiente y con un objeto totalmente autónomo -ya vimos que esto último no es del todo cierto- no se requiere ningún supuesto para su incoación, ni siquiera el inicio de un proceso penal. Se trata de perseguir y declarar la transferencia de propiedad a favor del estado respecto de bienes delictivos sin siquiera tener la posibilidad -al menos potencial- de establecer en la vía correspondiente la existencia del delito con el que se pretende involucrar a tales bienes.

En consecuencia, habiendo postulado la naturaleza subsidiaria del proceso de extinción de dominio, considero que, asemejándose a lo que regulaba el derogado Decreto Legislativo N.º 1104, los aludidos supuestos deberían ser:

1.5.13.1. Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal

Aquí entrarían aquellos supuestos de muerte del imputado, prescripción, amnistía, indulto o derecho de gracia, etc. Gálvez Villegas cita el caso del dictador nigeriano Sani Abacha, presidente de facto de Nigeria a través de un golpe de estado en 1993, falleciendo en 1998, tiempo en el que desvió fondos estatales a cuentas *off shore* en el extranjero a nombre de sus allegados. Luego de su muerte, y siendo evidente los delitos cometidos es que tales activos retornaron al tesoro público de dicho país.

De igual modo, el artículo 54º, literal 1, c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, insta a los estados a disponer el decomiso, aun cuando el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de haber fallecido.

Se cita también el caso del narcotraficante Pablo Escobar. En su caso (...) de acuerdo con las investigaciones la hija, que no había cumplido los tres años, tenía, entre otros bienes, el edificio Dallas y un capital de varios millones de dólares en efectivo y depositado en cuentas bancarias. (Blanco, 2012).

Otros supuestos pueden ser el de la prescripción de la acción penal, pues no habiendo existido la oportunidad de demostrar la inocencia del imputado (al haber prescrito el ejercicio de la acción penal), ante esa incertidumbre, es perfectamente posible el inicio del proceso de extinción de dominio.

Al igual que en la prescripción, en el caso de la amnistía que significa el olvido que una ley emitida por el parlamento realiza sobre el delito cometido por el individuo, extinguiéndose de ese modo la acción penal- no significa por ningún motivo que consecuencias distintas a la pena, como el decomiso -fuera del proceso, para el caso de la extinción de dominio- no pueda activarse, recuperándose de ese modo los bienes relacionados intrínsecamente con el ilícito penal amnistiado. Pensar lo contrario, materializaría un supuesto de enriquecimiento ilícito.

Otro caso lo brinda el profesor Gálvez Villegas cuando señala: (...) también puede proceder en los supuestos en que el inicio del proceso penal queda sujeto a cualquier requisito previo como el antejuicio constitucional, y este es aplazado o denegado sin que exista un fundamento jurídico (motivos políticos, incompetencia del Congreso o fines de encubrimiento); así, en los supuestos de gran corrupción cometidos por los líderes de los estados, puede suceder que estos se blinden frente a futuros procesos mediante leyes que les otorguen inmunidad, como ocurrió en el caso de Pinochet, que con este fin fue designado senador vitalicio. (Gálvez, 2018).

En el extremo de no poder continuarse un proceso podemos citar el ejemplo de lo ocurrido en la sentencia recaída en el expediente N° 3509-2009-HC/TC, emitido en su momento por el Tribunal Constitucional peruano y en el que a consecuencia de una mora judicial relativa a un proceso penal que años atrás se seguía al ex general del ejército Walter Gaspar Chacón Málaga, decidió excluirlo de pleno proceso penal ordenando el archivo a su favor (este caso fue muy controvertido en su momento, al generar impunidad). En este supuesto, por ejemplo, nada impide al Ministerio Público para incoar el proceso de extinción de dominio.

Los supuestos de contumacia o de ausencia también resultan ser otros casos para incoar el proceso de extinción de dominio, cuando el proceso penal no pueda continuar. Imagínese el escenario en donde el acusado, sabiendo de una inminente condena, huye del país confiando en que sus bienes mal adquiridos quedarán inmunes ante la acción estatal pudiendo ser gozados por él o por sus familiares o allegados.

No debe perderse de vista que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 54° establece la procedencia del decomiso sin condena, en supuesto de ausencia o contumacia.

1.5.13.2. Cuando el proceso penal ha concluido con sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas de cargo, o por aplicación del principio in dubio pro reo (duda razonable)

En el R.N. N° 2085-2017-Junín, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló, en cuanto a la duda razonable, que: proviene del latín *indubio pro reo*, esto es, frente a la duda en el proceso penal siempre favorecerá al reo. Este es uno de los pilares fundamentales del nuevo modelo procesal penal que proviene de un corte acusatorio garantista, en este sistema, la carga procesal es del fiscal, es aquel quien debe de desacreditar o desvirtuar la presunción de inocencia, por lo tanto, frente a la insuficiencia probatoria y su análisis defectuoso en virtud de ausencia de contundencia solo se podrá llegar al grado de duda y no de certeza y solo es la certeza la que puede desvirtuar y enervar completo la presunción de inocencia del procesado.

En cuanto a la insuficiencia probatoria, teniendo en cuenta que por prueba cabe considerar a todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva (Cafferatta, 2008), es de considerar que sólo enervando la garantía de la presunción de inocencia, es que

se podrá condenar en un Estado Constitucional de Derecho; para eso se requiere de una mínima actividad probatoria (en palabras del maestro Manuel Miranda Estrampes).

Por tanto, los supuestos de insuficiencia probatoria -con subsecuente absolución- se dará cuando el titular de la carga de la prueba, el Fiscal, no haya cumplido con el objetivo de ofrecer suficiente prueba (no tanto en términos cuantitativos, sino cualitativos) que permitan demostrar tanto la existencia del delito como la participación del acusado, enervando de ese modo la presunción de inocencia de este último. Ante este escenario, la consecuencia será no la demostración de la inocencia del acusado, sino el estado de incertidumbre sine die de su responsabilidad penal, sólo que, por una cuestión de proscripción de arbitrariedad, en observancia a la presunción de inocencia, es que se le deberá absolver.

En cualquiera de estas dos situaciones, tanto en la absolución por duda razonable, como por insuficiencia probatoria no existe certeza negativa de la inocencia del acusado, sino solo un estado de incertidumbre sine die que se reflejará en el archivo definitivo de la causa.

1.5.13.3. Cuando los bienes se descubren una vez concluido el proceso penal que llegó a una condena

Es obvio que si luego de llevado el proceso penal con la correspondiente condena se llegaran a descubrir bienes -a modo de objetos, instrumentos, efectos o ganancias- relacionados al delito por el que se sentenció, el Ministerio Público queda habilitado para incoar la acción de extinción de dominio.

En la doctrina nacional se sostiene que Es difícil de ubicar durante la investigación preparatoria y preliminar bienes que puedan ser posteriormente objeto de decomiso, ya sea por el desarrollo de la actividad forense de forma deficiente, o porque los bienes han sido ocultados de forma rauda y compleja por los investigados. Por ello, es necesario que, se asegure la presencia de bienes aparentemente delictivos a través de las medidas cautelares que el legislador ha previsto en el código procesal penal vigente, de tal forma que solo así se podrá asegurar el éxito del proceso de pérdida de dominio (Gálvez, 2018).

El fundamento para perseguir y lograr la transferencia de dominio de los bienes delictivos a favor del Estado viene a ser la pérdida de oportunidad que tuvo aquel para decomisar tales objetos, instrumentos, efectos o ganancias, debido, sobre todo, a argucias utilizadas por los condenados para esconder su patrimonio ilícito.

2. Capítulo II: Diseño Metodológico

2.1. Diseño de Contrastación de hipótesis.

Es el plan o estrategia para obtener la información deseada. Proporciona la capacidad de probar hipótesis y capacita al investigador analizando estadísticamente los datos para su posterior interpretación.

La hipótesis formulada en el proyecto de investigación fue: SI la acción de extinción de dominio guarda observancia con la conexión -judicialmente probada- entre los bienes que constituyen su objeto material, con el delito y/o pena del que procede su ilicitud penal, ENTONCES su naturaleza devendrá en compatible con los estándares y garantías vigentes en un estado constitucional de derecho, ha sido confirmada de acuerdo a la presente investigación plasmada en la tesis correspondiente, estando plenamente contrastada y confirmada, primero, con la opinión adecuada de juristas tanto nacionales como extranjeros (conforme a la doctrina recogida en el marco teórico de la presente), así como también por parte de la comunidad jurídica del departamento de Cajamarca, conformada por jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, quienes entienden que la observancia que se debe tener respecto de la conexión entre los bienes que son materia de persecución fiscal en el proceso de extinción de dominio -objetos, instrumentos, efectos o ganancias- y el delito del que presuntamente derivan representa un debido respeto al contenidos material del estado constitucional de derecho, sobre todo en lo que a la irrestricta observancia a la presunción de inocencia y el derecho a la propiedad se refiere.

2.2. Población y Muestra.

La investigación, se desarrolló sobre el departamento de Cajamarca, donde labora el suscrito. Así pues, la población, estuvo constituida por toda la población de magistrados, fiscales, abogados y docentes de la carrera de derecho y ciencias políticas del departamento de Cajamarca (distrito judicial en el que labora el suscrito).

La muestra es el subconjunto de datos que abarca el total de la población, estos datos son los más representativos del universo general. Además de ello, la muestra viene debidamente delimitada en virtud de la aplicación de un proceso metodológico, precisamente, la muestra está constituida por el 10 % de la población total. De igual manera, se procedió a recopilar información mediante la aplicación del instrumento de recolección de datos que se diseñó

para la aplicación de la presente investigación, encuesta que se aplicó a magistrados del Poder Judicial, a miembros del Ministerio Público; abogados litigantes en especialidad de la materia y a docentes de la carrera profesional de derecho.

2.3. Técnicas, instrumentos, equipos y materiales.

Técnicas: Las técnicas de investigación comprenden un conjunto de procedimientos organizados sistemáticamente que orientan al investigador en la tarea de profundizar en el conocimiento y en el planteamiento de nuevas líneas de investigación.

En la investigación se utilizaron como técnicas:

La encuesta, la cual es un procedimiento dentro de la investigación cuantitativa en la que el investigador recopila información mediante el cuestionario previamente diseñado

Zapata (2006, p. 145) en cuanto a la observación, es aquel procedimiento que utiliza el investigador para presenciar directamente el fenómeno que estudia, sin actuar sobre él esto es, sin modificarlo o realizar cualquier tipo de operación que permita manipular. En este trabajo de investigación se pudo observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

El análisis documental, consisten en la identificación, recogida y análisis de documentos relacionados con el hecho o contexto estudiado.

Instrumentos: Se trata de una herramienta de la cual se vale un investigador para obtener información que le permita desarrollar su proyecto investigativo.

Se utilizaron como instrumentos el cuestionario, la guía de observación y la guía de análisis documental.

Equipos y materiales: Se trata de elementos básicos para el desarrollo de la investigación, los cuales están destinados al uso del investigador para lograr el desarrollo del trabajo encomendado. Los equipos son aquellos bienes u objetos que sirven para procesar la información que el investigador acopia en el desarrollo de su actividad. En tanto que los materiales sirven para materializar los contenidos progresivos que el investigador va consignando de acuerdo al avances y desarrollo del trabajo de investigación.

Dentro de los equipos se consideró a la computadora PC en la que el suscrito redactó el presente trabajo; asimismo utilicé una impresora de última generación multifuncional, y una

grabadora para materializar el soporte físico donde constan el contenido de las entrevistas realizadas para el presente trabajo de investigación.

Asimismo, como materiales se utilizaron 2 millares de papel bond para formularios y guías de entrevistas, fotocopias, tinta de impresión, lápices y borradores, anillados, lapiceros, perforador, engrampado y cinco fólderes.

Finalmente, diremos que las tablas son los medios que le sirven al investigador para presentar de manera ordenada y sistematizada gran cantidad de datos e información concreta, justificándose su uso pues le permitirá luego analizar y colegir conclusiones a consignar en el trabajo de investigación, por ejemplo, utilizando la escala de Likert.

3. Capítulo III: Resultados y discusión de los resultados

3.1. Resultados.

Respecto a la pregunta 01, que contiene la interrogante: ¿En su opinión, cual es el fenómeno criminógeno que en la actualidad demanda mayor respuesta político criminal por parte del estado peruano? y sobre la base de 65 personas encuestadas entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca se desprende que para el 48 % de los encuestados indicó que el principal fenómeno criminógeno es la corrupción pública, mientras que un 32% de los encuestados fue de opinión que el principal fenómeno criminógeno es la violencia de género y de odio, mientras que el restante 20% de los encuestados señaló que dicho lugar lo ostenta el crimen organizado.

En ese mismo criterio de ideas, se tiene que ante la interrogante: ¿Estima que en la fecha actual estamos viendo la expansión del derecho penal de manera irreflexiva?, contenida en la pregunta 02 y sobre una población de 65 personas entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca se tiene que para el 80% del total de los encuestados señaló que Sí, pues se aprecia un excesivo e irracional uso del derecho penal para tratar de solucionar problemas sociales estructurales, mientras que para un 11% de los encuestados es de opinión que No, pues el estado peruano solo viene utilizando su política criminal para defender a la sociedad, y para el 9% de los encuestados indicó que Si se advierte actualmente una expansión del derecho penal, aunque esta no es irracional.

En la pregunta 3 que contiene la pregunta: ¿Qué entiende por consecuencias accesorias del delito?, y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 49% de los encuestados considera que se trata de sanciones producidas a partir de la comisión de un delito, mientras que para un 17% de los encuestados son procesos donde se trata de penas que surgen a partir de la comisión de un delito y/o falta, y para el restante 34% afirma que Se trata de consecuencias de naturaleza jurídica que se sustentan en distintos fines político criminales.

En la pregunta 04, que contiene la pregunta: ¿Tiene conocimiento de los principales rasgos y características de la acción de extinción de dominio según su regulación en el decreto legislativo N.º 1373? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 91% de los encuestados considera que Sí tengo alcances generales de los rasgos y características de la

acción de extinción de dominio según su regulación en el Decreto Legislativo N.º 1373, mientras que para un 4% de los encuestados refirió que No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se trata de una figura jurídica nueva en el Perú, y para el restante 5% afirma que No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se advierte poca incidencia de la misma en la práctica.

En la pregunta 05, que contiene la pregunta: ¿Conoce en qué consiste la acción de extinción de dominio?, y teniendo en cuenta la población muestral de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 68 % de los encuestados considera que En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva comprobada, mientras que para un 12% de los encuestados refirió que En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva presunta, y para el restante 20% afirma que En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia ilícita.

Respecto a la pregunta 06, que contiene la pregunta: ¿Cree usted que los bienes que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito pueden no tener conexión con el grado de antijuricidad de la conducta penalmente ilícita de la que derivan? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 76% de los encuestados considera que No, pues tales bienes guardan conexión al derivarse siempre de un delito, mientras que para un 15% de los encuestados refirió que Si, pues en la extinción de dominio solo se investiga si la adquisición se hizo conforme a lo permitido por el ordenamiento jurídico nacional, y para el restante 9% afirma que Eso depende del tipo de delitos del que deriven tales bienes (solo cabe en delitos graves o patrimoniales).

En la pregunta 07: que contiene la pregunta: ¿Considera que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, tiene naturaleza distinta al decomiso del proceso penal? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 39% de los encuestados considera que No, pues la extinción de dominio busca los mismos fines políticos criminales del decomiso, dependiendo siempre de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga, mientras que para un 55% de los encuestados refirió que Sí, pues la primera se ejerce en un proceso distinto al

proceso penal, y para el restante 6% afirma que Sí, pues la extinción de dominio y el decomiso se ejercen por agentes distintos del sistema de justicia penal.

En la pregunta 08, que contiene la pregunta: ¿Considera correcto desdoblar la persecución penal, siempre y en todos los casos, en dos niveles, uno para perseguir a la persona que delinque (proceso penal), y otra para perseguir los bienes, objetos, efectos o ganancias del delito en comento (extinción de dominio)? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 34% de los encuestados considera que Sí, pues ello conllevaría a contrarrestar la sobrecarga procesal que afrontan los fiscales penales, mientras que para un 57% de los encuestados refirió que No pues ello podría llevar, eventualmente, a resultados contradictorios respecto al destino final de los bienes relacionados al delito, y para el restante 9% afirma que Ello dependerá de la complejidad del delito del que se derivan los bienes de presunta procedencia delictiva.

En la pregunta 09, que contiene la pregunta: ¿Estima conveniente que se pueda abrir y concluir un proceso extinción de dominio sin siquiera la existencia de una investigación preliminar sobre el delito del que provendrían los bienes objeto de aquel proceso? Y teniendo en cuenta la población muestral de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 26% de los encuestados considera que Sí, pues se trata de un proceso totalmente independiente y autónomo del proceso penal, mientras que para un 32% de los encuestados refirió que No, pues se requiere mínimamente la existencia de un proceso penal para presumir la procedencia delictiva de los bienes, y para el restante 42% afirma que No, pues se requiere siempre la comprobación de la procedencia delictiva, salvo en casos donde no se pueda iniciar o continuar el proceso penal.

En la pregunta 10, que contiene la pregunta: ¿Estima posible que, eventualmente, se pueda acreditar la inocencia del acusado en una sentencia absolutoria? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre Jueces, Fiscales y Abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 15% de los encuestados considera que No, pues el fin de toda sentencia penal es comprobar o descartar la responsabilidad penal del acusado, siendo irrelevante probar su inocencia, mientras que para un 25% de los encuestados refirió que No, pues el estándar probatorio del proceso penal se edifica sobre el fin de enervar la presunción de inocencia que protege al acusado, y para el restante 60% afirma que Sí, pues la

verificación de la inexistencia del hecho, de la no relevancia penal de la conducta, o de la autoría de persona distinta al acusado, constituyen supuestos de certeza de la su inocencia.

En la pregunta 11, que contiene la pregunta: ¿Estima que la presunción de inocencia es plenamente aplicable en el proceso de extinción de dominio? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 51% de los encuestados considera que Sí, pues los bienes sobre los que puede recaer la extinción de dominio guardan estrecha conexión con el delito, mientras que para un 38% de los encuestados refirió que No, pues al tratarse de un proceso distinto al penal no comparte sus mismas garantías, y para el restante 11% afirma que Sí, pues todo proceso judicial, independientemente de la materia que regule, debe someterse al paradigma del Estado Constitucional de Derecho.

En la pregunta 12, que contiene la pregunta: ¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar la garantía constitucional de la presunción de inocencia? Y teniendo en cuenta la población muestral de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 36% de los encuestados considera que Sí, pues pueden transferirse propiedades a favor del estado en supuestos en los que no haya una condena penal de por medio, mientras que para un 32% de los encuestados refirió que No, pues al tratarse de un proceso totalmente independiente del proceso penal, no se rige por los principios que inspiran a este último, y para el restante 32% afirma que Sí, porque en este tipo de procesos se considera aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

En la pregunta 13, que contiene la pregunta: ¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar el derecho fundamental a la propiedad? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 34% de los encuestados considera que Sí, pero sólo en aquellos casos en donde se pueda extinguir la propiedad (el título jurídico) sin acreditar su procedencia ilícita, mientras que para un 34% de los encuestados refirió que No, pues únicamente se extingue la apariencia de propiedad, al nunca haberse alcanzado ésta a través de los medios lícitos que el ordenamiento jurídico autoriza, y para el restante 32% afirma que No, porque se trata de un proceso autónomo al proceso penal.

Finalmente, en la pregunta ° 14, que contiene la pregunta: ¿Estima que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, es contraria a un estado constitucional de

derecho? Y teniendo en cuenta la población de 65 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Cajamarca, muestra que para el 65% de los encuestados considera que No, porque se trata de un opción político criminal que busca luchar contra el crimen organizado y el enriquecimiento ilícito, mientras que para un 24% de los encuestados refirió que No, pues la política criminal es un encargo que el constituyente le encarga al legislador, y para el restante 21% afirma que Sí, pues la extinción de dominio no requiere de la comprobación judicial de la procedencia delictiva de los bienes.

3.2. Discusión de los resultados.

Del análisis de la pregunta número uno, se desprende que en la comunidad jurídica tomada como muestra es la corrupción el fenómeno criminal que en la fecha mayor incita o debería incitar- la toma de medidas político criminales por el estado peruano, estando en segundo lugar la violencia de género y crímenes de odio, mientras que en tercer lugar el crimen organizado. En tal sentido, encontramos que nuestra indagación encuentra justificación pues, es justamente, los delitos de corrupción de funcionarios públicos, en los que la acción de extinción de dominio se enmarca como medida de lucha a fin de desincentivar la obtención ilícita de bienes (ocurriendo lo mismo con el fenómeno del crimen organizado). Por tanto, la necesidad de estudiar el tema que nos ocupa es palpable, a la luz de la presente encuesta.

Respecto al análisis de la segunda pregunta, se evidencia que, efectivamente, la percepción de nuestra comunidad jurídica es que el derecho penal peruano actual se puede enmarcar dentro de la llamada expansión irreflexiva del derecho penal la cual, a su vez, se identifica con la corriente del derecho penal del enemigo. Esta abrumadora mayoría en los abogados cajamarquinos (frente a las otras dos opciones que juntas incluso sólo llegan al 20%) no hacen más que confirmar que el legislador nacional viene sobre criminalizando conductas sin justificación alguna, y que cada vez más se vienen copando el universo de conflictos con un medio de control formal que, se supone, debería ser de última ratio como es el derecho penal, sin que haya necesidad e idoneidad para ello. Esto es importante pues es justamente en este contexto en que se plantea nuestro problema, en el sentido de preguntarnos si la regulación legal actual de la figura de la extinción de dominio se muestra compatible con un derecho penal concorde con los cánones constitucionales.

Pues bien, respecto al análisis de la pregunta número tres, vemos un primer indicio que sobre la naturaleza de las consecuencias jurídicas del delito se tiene, pues la mayoría, representada

por el 49% (casi la mitad de encuestados) es de opinión que las mismas son ‘sanciones’ cuando ya hemos visto en el presente trabajo que estas opciones político criminales en lo que al decomiso se refiere, el que afirmamos tiene idéntica naturaleza a la extinción de dominio-tienen naturaleza diversa y distinta a la sanción. Esto es importante, pues nos ayuda a inferir que más allá de la pena, gran parte de la comunidad jurídica tomada como población tendría dificultades para entender cuál es la naturaleza y función de la extinción de dominio. En tal sentido, mientras un 11% de los encuestados insisten en confundir la naturaleza de estas consecuencias accesorias, sólo un 22% del 100% sí muestra un conocimiento certero a la pregunta planteada.

Lo revelador de la pregunta cuarta, es que la inmensa mayoría de abogados encuestados (91%) afirman tener conocimientos suficientes sobre la regulación legal actual de la extinción de dominio, lo que supondría, por ende, que los mismos tengan una adecuada comprensión de su naturaleza y alcances, en tal sentido, sólo un 9% aceptan no conocer mucho sobre esta figura procesal debido tanto a la novedad de su incorporación en nuestro ordenamiento, como en la poca incidencia de su aplicación en la práctica.

Pues bien, la pregunta quinta, debe ser contrastada con el anterior pues pese a la abrumadora opinión que afirma tener buenos alcances sobre esta figura, vemos aquí que gran parte de los encuestados caen en error al tratar de dar alcances de la extinción de dominio, lo que es contradictorio. Así, el 68% señaló que esta aplica cuando se logra la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva comprobada. Como ya vimos, se puede iniciar y hasta concluir un proceso de extinción de dominio sin la apertura de una investigación preliminar por un delito capaz de producir bienes ilícitos, en consecuencia, aquí estamos ante un supuesto de extinción de dominio en donde no hay declaratoria de responsabilidad penal del acusado, por ende, no hay procedencia delictiva comprobada, sin embargo, la ley sí lo permite en nombre de la autonomía de dicha acción. Por el contrario, la mayoría de consultados tienen la idea que solo a través de una sentencia condenatoria es que se podrá activar y declarar la extinción de dominio, cuando ya vemos que esto no siempre es así.

A su vez, la pregunta número seis, debe ser contrastado con las preguntas 04 y 05, pues coincide en sentido con ambos, al tener correcto entendimiento sobre el nexo antijurídico entre los bienes sobre los que recae la extinción de dominio y el delito del que provendrían, así como asegurar que tal tipo de proceso se vincula siempre con un delito con autor cuya

responsabilidad penal ha sido judicialmente comprobada (se afirma estrecha e inescindible conexión entre tales bienes y el delito del que provendría). En consecuencia, seguimos viendo que nuestra muestra estadística toma posición por una interpretación de la extinción de dominio siempre compatible con el estado de presunción de inocencia, pese a que según la doctrina mayoritaria sigue afirmando que este principio no es de aplicación en tales procesos pues se trata de uno de naturaleza totalmente distinta al proceso penal. Aquí nuevamente aludimos a aquellos supuestos en donde se inicia y concluye un proceso de extinción de dominio sin contar, siquiera, con la apertura de una investigación preliminar penal.

En cuanto a la pregunta tabla, su interpretación debida nos revela otro error de la mayoría que nos sirve para el análisis, pues más de la mitad, esto es, el 55%, señala que extinción de dominio y decomiso tienen distinta naturaleza pues la primera se ejerce en un proceso distinto al proceso penal, desconociendo con ello que su naturaleza es más sustantiva que procesal, pues ambas tienen naturaleza de ser consecuencias accesorias del delito, figura que incluso se encuentra regulada en el Código Penal y no el Código Procesal Penal. Esto es, para la mayoría de encuestados, por el solo hecho de tramitarse en proceso diferente es mérito suficiente para diferenciar la naturaleza del decomiso y de la extinción de dominio. Algo que en esta investigación hemos contrariado y demostrado que no es así.

En la pregunta ocho, vemos cómo es que en concordia con lo respondido en la pregunta 06, la mayoría de los abogados encuestados (57%) sostienen que el desdoblar la persecución penal, siempre y en todos los casos, en dos niveles, uno para perseguir a la persona que delinque (proceso penal), y otra para perseguir los bienes, objetos, efectos o ganancias del delito en comento (extinción de dominio), no es correcto pues ello podría llevar, eventualmente, a resultados contradictorios respecto al destino final de los bienes relacionados al delito, como por ejemplo se da ante una sentencia absolutoria donde se acredite la inocencia del acusado y una sentencia de extinción de dominio (anterior a aquella) donde se declare la transferencia de la titularidad a favor del estado de los bienes del acusado por una supuesta procedencia ilícita. En consecuencia, vemos que -de acuerdo a los resultados estadísticos que hasta aquí venimos analizando- pese a un parcial desconocimiento que la mayoría tiene sobre la naturaleza de la extinción de dominio- es paradójico que se siga considerando al criterio de presunción de inocencia como rector del mismo, pese a que parte de la doctrina le niega aplicación de dicha garantía al proceso de extinción de dominio.

La pregunta novena, tiene una concordancia con lo estipulado en la pregunta 6, la mayoría de encuestados (42%) es de opinión que no es conveniente que se pueda abrir un proceso extinción de dominio sin siquiera la existencia de una investigación preliminar sobre el delito del que provendrían los bienes objeto de aquel proceso, en razón que se requiere siempre la comprobación de la procedencia delictiva, salvo en casos donde no se pueda iniciar o continuar el proceso penal. Con ello nuevamente vemos que, en el fondo de la opinión de los abogados que contestaron a nuestras preguntas, siempre yace la priorización que al criterio de presunción de inocencia se hace. Pero resulta interesante también que el segundo lugar, con un 32%, la opinión es de al menos exigir la presunción delictiva de los bienes, negando también que se puede abrir y concluir un proceso de extinción de dominio sin siquiera la apertura de una investigación preliminar. Por lo demás, en la opinión de la comunidad jurídica la total desconexión de la acción de extinción de dominio y el delito del que los bienes derivarían ocupa el último lugar, lo que constituye una posición que encontramos contraria a lo regulado en el Decreto Legislativo N.º 1373 y a lo señalado por parte de la doctrina nacional.

La pregunta número diez, nos permite concluir que la gran mayoría de encuestados (60%), lo que constituye más de la mitad del universo, da por factible que en una sentencia penal, eventualmente, se pueda comprobar la inocencia del acusado (en aquellos casos en que se verifique la inexistencia del hecho, la no relevancia penal de la conducta, o se compruebe que la autoría del delito pertenece a un tercero distinto al acusado), conforme también lo acepta parte importante de la doctrina (conforme al punto 3.16. del marco teórico de la presente investigación), lo que constituiría un supuesto en donde, eventualmente, se podría vulnerar la presunción de inocencia del acusado cuando paralelamente, o ex ante, se haya declarado fundada la extinción de dominio.

Consecuentemente la pregunta once, nos permite confirmar, una vez más, que en la opinión jurídica -al tener los bienes estrecha e indesligable conexión con la antijuricidad que representa el delito que genera tales bienes- la garantía de la presunción de inocencia debería ser también de observancia en el proceso de extinción de dominio, así lo refirió más de la mitad de los encuestados (51%). Pero es interesante también el acotar que para una minoría esta extrapolación de dicha garantía procesal al proceso de extinción de dominio se sustenta en el paradigma del estado constitucional de derecho (respuesta relacionada a lo sostenido en la pregunta 13.

La pregunta doce, llama la atención la paridad de las respuestas, las mismas que son muy semejantes, sin embargo, nuevamente aquí se advierte que la mayoría de los abogados encuestados (36%) asumen que la regulación actual de la extinción de dominio sí podría vulnerar la garantía de la presunción de inocencia si se permite la transferencia de propiedades a favor del estado en supuestos en los que no haya una condena penal de por medio. El otro argumento que en minoría se verifica para afirmar la eventual violación de la presunción de inocencia por la acción de extinción de dominio se sustenta en la posibilidad de aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una teoría que normalmente se aplica en algunos procesos distintos al penal, por ser contrario al principio del onus probandi que en conexión con la presunción de inocencia imperan en el proceso penal.

En la pregunta trece, en cuanto a la vulneración al derecho a la propiedad por parte del proceso de extinción de dominio, encontramos en la tabla trece una similitud, pues mientras un 34% afirma que sí, pero sólo en aquellos casos en donde se pueda extinguir la propiedad (el título jurídico) sin acreditar su procedencia ilícita, otro 34% señala que no, pues únicamente se extingue la apariencia de propiedad, al nunca haberse alcanzado ésta a través de los medios lícitos que el ordenamiento jurídico autoriza.

Finalmente, en la pregunta catorce, dejamos esta interrogante para el final de las tablas, pues nuestra intención es siempre constatar la coherencia de las respuestas a efectos de confirmar o descartar un cabal conocimiento de la naturaleza y alcances de la acción de extinción de dominio. Por tanto, este cuadro estadístico se muestra hasta cierto punto incompatible con las respuestas y tendencias observadas en los cuadros anteriores en razón que si bien la mayoría refirió que la regulación actual de la acción de extinción de dominio no contraría al paradigma constituido por el estado constitucional de derecho, lo cierto es que en las anteriores respuestas la gran mayoría aseguró que eventualmente, con la regulación actual, la extinción de dominio podría vulnerar a la garantía de la presunción de inocencia, la que a su vez se define como uno de los contenidos esenciales de dicho modelo de estado de derecho, ocurriendo lo mismo con el derecho fundamental a la propiedad. En consecuencia, nos reafirmamos entonces que en nuestra comunidad no está del todo informada sobre los alcances y naturaleza de la acción de extinción de dominio, sin embargo, está fuertemente arraigada en ella el hecho que la persecución de todo bien que derive de un ilícito penal deba someterse también al principio de presunción de inocencia.

3.3. Propuesta de intervención.

PROYECTO DE LEY
“LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 2º INCISO 3) DEL DECRETO
LEGISLATIVO N.º 1373”

1. OBJETO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo II, inciso 2.3) del Título Preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373 - Decreto Legislativo sobre extinción de dominio, que regula la allí afirmada ‘autonomía absoluta’ del proceso de extinción de dominio.

1. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

Exposición de motivos:

Se plantea como propuesta la modificatoria del artículo II, inciso 2.3) del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1373 - Decreto Legislativo sobre extinción de dominio, dispositivo que regula la allí afirmada ‘autonomía absoluta’ del proceso de extinción de dominio.

Que es política criminal del estado el perseguir no solo a las personas que delinquen en perjuicio de la sociedad peruana, sino que además de ello, y atendiendo a que en la gran mayoría de ilícitos penales contemporáneos es el ánimo de lucro el motivo que mueve a los delincuentes, es que también resulta conforme a los intereses sociales, el perseguir los bienes ya sea objetos instrumentos, ganancias o efectos que proceden o siguen al delito cometido.

Esta opción político criminal es válida en la medida que, más allá de reprimir los actos criminales cometidos por quienes optan por este camino, se constituye en una verdadera medida preventiva de carácter general, más que especial que puede coadyuvar a desincentivar la comisión de futuros delitos.

Que la propuesta de flexibilizar la denominada ‘autonomía’ de la extinción de dominio en pos de su subsidiariedad (también parcial, no total) se sustenta en la sintonía que el instituto de la extinción de dominio debe tener respecto de los lineamientos esgrimidos por el modelo del estado constitucional de derecho, cuyo contenido material viene constituido por la debida observancia a los derechos fundamentales de la persona, de los cuales la presunción de inocencia y la propiedad se encuentran expresamente previstos en nuestra Carta Magna de 1993.

2. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY:

Artículo 1°.- Modifíquese el literal 2° inciso 3) del artículo II del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1373 - Decreto Legislativo sobre extinción de dominio, cuyo nuevo texto pasa a tener la siguiente redacción normativa:

(...) 2.3. El proceso de extinción de dominio es autónomo en los siguientes supuestos: (i) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal; (ii) Cuando el proceso penal ha concluido con sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas de cargo o por aplicación del principio *in dubio pro reo* (duda razonable); y, (iii) Cuando los bienes se descubren una vez concluido el proceso penal que llegó a una condena. En los supuestos no contemplados la persecución de los bienes de presunta procedencia delictiva debe ejercitarse en el interior del proceso penal.

Artículo 2°. - Deróguese todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente ley

3. ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO

El proyecto de ley, no irroga gasto público, pues se trata de una opción político criminal que únicamente se centra en evitar todo tipo de colisión entre los lineamientos que pueda establecer el legislador al momento de delinear la estructura del proceso de extinción de dominio con la estricta observancia de los derechos fundamentales, sobre todo en lo que presunción de inocencia y derecho a la propiedad significa. De ese modo, al relativizarse la autonomía de la acción de extinción de dominio en pos de sintonizar su contenido con un estándar idóneo de respeto al sistema de derechos fundamentales de la persona, se evitará la toma de decisiones que, eventualmente, puedan ser arbitrarias. En todo caso compete al Ministerio Público, de acuerdo a su presupuesto asignado por el Estado, el poner a disposición la logística necesaria a efectos de asegurar una correcta persecución de los bienes de presunta procedencia delictiva en los procesos en los que participe.

4. Capítulo IV: Conclusiones

- 1) El estado constitucional de derecho se funda en la idea de supremacía de la Constitución, en consecuencia, la norma constitucional desplaza a la ley como parámetro de validez - material y formal- de todo acto de los poderes públicos y privados. Su contenido material viene constituido por el sistema de derechos fundamentales de la persona, -basados, a su vez, en la dignidad humana- cuya vigencia y respeto irrestricto se sustenta en las garantías que la propia Constitución establece. La vigencia del estado constitucional en un estado en concreto se manifiesta a través del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, cuyas características son las siguientes: (i) Rigidez constitucional; (ii) La garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) La fuerza vinculante de la Constitución; (iv) La sobre-interpretación de la Constitución; (v) La aplicación directa de las normas constitucionales; (vi) La interpretación conforme de las leyes; y, (vii) La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.
- 2) Tradicionalmente la propiedad ha sido identificada como un derecho real que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa, el cual es oponible erga omnes y cuyas atribuciones vienen a ser el poder usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Sin embargo, contemporáneamente se comprende, además, a la propiedad como un derecho constitucionalizado, por ende, comparte la doble naturaleza de los derechos fundamentales, en el sentido de poseer tanto una dimensión subjetiva o referida a los sujetos titulares de estos, así como una dimensión objetiva o referida a los bienes o institutos jurídicos constitucionales que constituyen su contenido con independencia de los sujetos titulares. En una perspectiva institucionalista - objetiva (identificable con su origen legal) se constituye en un valor indispensable y relevante para la convivencia social, siempre en compatibilidad con la función social que el ordenamiento jurídico le asigna. Desde una perspectiva subjetiva la propiedad se erige como un verdadero derecho fundamental plenamente protegible a través de las garantías que la Constitución prevé.
- 3) En consonancia con los principales instrumentos internacionales suscritos por el Perú en materia de lucha contra el lavado de activos, como son las Convenciones de Viena (1988), Palermo (2000) y Mérida (2003) entre otros, el lavado de activos, en perspectiva criminológica, se define en la realización de diversos actos encaminados a dotar de apariencia de legitimidad al origen de los activos, con el objeto de impedir o dificultar que se identifique su real fuente delictiva. Desde una perspectiva jurídico-penal, se trata

de un tipo penal autónomo respecto del delito fuente del que provienen los activos, siendo que su naturaleza se asemeja a la de un proceso estructurado por las fases de colocación, intercalación e integración, estando a que si bien se requiere todo su recorrido para llegar a la reinserción de los activos lavados al patrimonio del delincuente (proceso de reciclaje), el legislador nacional ha optado por dotar de autonomía típica a cada una de estas etapas (siempre que se le cumpla con el elemento de trascendencia interna aludido), razón por la que la realización de cualquiera de ellas llevará a la condena por dicho ilícito penal.

- 4) La extinción de dominio es una opción político criminal válida y legítima utilizada por el estado peruano para combatir la delincuencia, sobre todo aquella constituida por fenómenos como el crimen organizado y la corrupción, sin embargo, como toda opción legislativa debe someterse a los lineamientos que impone el estado constitucional de derecho y, como tal, respetar irrestrictamente los derechos fundamentales de la persona. En este orden de ideas, tenemos que en aquellos supuestos en los que se haya verificado la inocencia del acusado en una sentencia penal -por inexistencia del hecho, autoría de un tercero con total ajenidad del acusado, o por tratarse de una conducta penalmente atípica- deviene en irrazonable y arbitraria la extinción de dominio de una propiedad a favor del estado y en detrimento de aquel ciudadano, arbitrariedad fundada en la vulneración del principio de presunción de inocencia (Art. 2º inciso 24) literal e) de la Constitución) y del derecho a la propiedad (Art. 70º de la Constitución), este último en clave de no confiscación.
- 5) Los bienes sobre los que recae la acción de extinción de dominio, tales como objetos, instrumentos, efectos o ganancias guardan inescindible vínculo de antijuricidad con el delito con el que se le vincula al encauzado en el proceso penal, por tal razón en el contexto de un estado constitucional de derecho no es constitucional ni lícito el habilitar la transferencia de una propiedad a favor del estado, vía proceso de extinción de dominio, mientras el proceso penal no concluya con sentencia firme. En tal sentido, advirtiendo la naturaleza subsidiaria de la acción de extinción de dominio, en razón de compartir su contenido político criminal con el decomiso previsto en el artículo 102º del Código Penal, es deber del estado potenciar la persecución penal de los bienes relacionados con el delito dentro del propio proceso penal. El escenario de subsidiariedad en el que la extinción de dominio se activará serán: (i) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o

continuar el proceso penal; (ii) Cuando el proceso penal ha concluido con sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas de cargo o por aplicación del principio in dubio pro reo (duda razonable); y, (iii) Cuando los bienes se descubren una vez concluido el proceso penal que llegó a una condena.

5. Capítulo VI: Recomendaciones

- 1) El estado peruano, en cuanto a sus agencias del sistema de justicia penal, debe profundizar más en capacitaciones no solo sobre lo que al derecho penal o procesal penal respecta, sino, fundamentalmente, en cuanto a los contenidos materiales del derecho constitucional y del sistema de derechos fundamentales previsto, explícita o implícitamente, en nuestra carta magna.
- 2) Es necesario poner de relieve la importancia que la propiedad tiene, como derecho subjetivo y como institución, tanto en el ordenamiento jurídico como en la realidad social peruana, sin embargo, tampoco debe soslayarse la función social que el constituyente de 1993 le asignó, así como los límites jurídicos que el derecho le impone.
- 3) Insistir en las capacitaciones académicas que consideren e incidan en la autonomía del delito de lavado de activos frente al delito fuente del que proceden los activos, teniendo en cuenta no solo la normativa nacional sobre el tema, sino también los lineamientos previstos en los principales instrumentos internacionales suscritos por el Perú en materia de lucha contra el lavado de activos, como son las Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Convención de Viena de 1988), Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (Convención de Palermo de 2000) y Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Convención de Mérida de 2003) entre otros.
- 4) Adaptar la actual legislación sobre la acción de extinción de dominio - Decreto Legislativo N.º 1373 a los estándares que el estado constitucional de derecho impone, sobre todo en lo que a la observancia del principio de presunción de inocencia y del derecho fundamental a la propiedad se refiere, en tal sentido, debe modificarse la citada legislación a efectos de dejar expresamente sentada la naturaleza subsidiaria que tiene la extinción de dominio frente al decomiso ejerciendo dentro del proceso penal, en consecuencia, su procedencia sólo podrá darse en los siguientes supuestos: (i) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal; (ii) Cuando el proceso penal ha concluido con sentencia absolutoria por insuficiencia de pruebas de

cargo o por aplicación del principio *in dubio pro reo* (duda razonable); y, (iii) Cuando los bienes se descubren una vez concluido el proceso penal que llegó a una condena.

- 5) En atención a la modificatoria propuesta y a la poca carga procesal de procesos de extinción de dominio que se advierte, es necesario que el Ministerio Público amplíe su logística (mayor cantidad de fiscales penales y personal administrativo, entre otras medidas) en la estricta medida de lo necesario, a fin de hacer frente, dentro de los propios procesos penales, a la carga procesal que significa la incoación de decomisos en aquellas causas donde se sospeche de la procedencia ilícita de determinados bienes que guardan conexión antijurídica con el delito que se imputa al imputado y en los que no opere los supuestos citados en el ítem anterior, todo ello en sintonía con la naturaleza subsidiaria de la acción de extinción de dominio.

6. Referencias

- Albaladejo, M. (1974). *Derecho de bienes. Derecho Civil. T. III. Vol. I*. Bosch. 1° edición. Barcelona.
- Aragon Reyes, M. (2015). *La Constitución como paradigma. En Teoría del Neoconstitucionalismo*. Trotta. 1° edición. Madrid.
- Atienza, M. (2017). *El sentido del Derecho*. Ariel. 6° edición. Barcelona.
- Blanco Cordero, I. (2002). *Principio y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos. Programa: Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales*. Palestra. 1° edición. Lima.
- Blanco Cordero, I. (2012). *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción*. Eduardo Fabián Caparros y otros (Directores). Ubijus. 1° edición. México.
- Bonnecase, J. (1945). *Elementos de Derecho Civil. Tomo I*. Edit. José María Cajica Jr. 1° edición. México.
- Cabanellas, G. (1998). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliasta. 26° edición. Buenos Aires.
- Cafferatta Nores, J. (2008) *La prueba en el proceso penal*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.
- Carmeluti, F. (2018). *La prueba civil*. Ara. 1 edición. Lima.
- Caro Coria, D. C, Reyna Alfaro, L. M y Reategui Sánchez. J. (2016). *Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tomo II*. Jurista editores (Caro Asociados, estudio jurídico). 1° edición. Lima.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Edit. Universidad Externado de Colombia. 1° edición. Santa Fe de Bogotá.

- Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En: VV. AA. Neoconstitucionalismos, Colección Estructuras y Procesos. Trotta. 1° edición. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta. Madrid. 1° edición.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, 1° edición. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*. Trotta. 2° edición. Madrid.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derecho y razón*. Trotta, Madrid. 11° edición.
- Gálvez Villegas, T. A. (2018) *Decomiso y pérdida de dominio*. Ideas. 1° edición. Lima. 2018.
- García Cavero, P. (2008). *El delito de lavado de activos*. Jurista. 1° edición. Lima.
- Guastini, R. (2010). Interpretación y razonamiento jurídico, volumen II. ARA editores. 1° edición. Lima.
- Guastini, R. (2010). Interpretación, Estado y Constitución. Ara editores. 1° edición. Lima.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de estudios políticos y constitucionales. 1° edición. Madrid.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución*. Ariel. 1° edición. Barcelona.
- Manotoa Sandoval, M. G. y Rodríguez Proaño, M. A. (2021). Elementos fundamentales para el diseño de una regulación que considere la prevención del lavado de activos en el uso de las pasarelas de pago en el Ecuador, [Universidad Andina Simón Bolívar], <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8206/1/T3591-MDFBS-Manotoa-Elementos.pdf>
- Marín Llico, J. (2018). Condición jurídica del bien mueble incautado en delitos de tráfico ilícito de drogas, cuyo propietario no tenga la condición de investigado, [Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo], <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/763/TESIS%20JAIME%20MARIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Medina Cuenca, A y Cauti Canhanga, F. S. (2018). El delito de lavado de activos, fundamentos, concepto y bien jurídico, [Centro de Investigación Interdisciplinaria en derecho penal económico], https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20190508_01.pdf
- Mendoza Llamacponcca, F. N. (2014) *El delito fuente en el lavado de activos*. Temas de Derecho Penal Económico: Empresa y Compliance. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_11.pdf
- Miranda Estrampes, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Jurista Editores. 1° edición. Lima.
- Moreno Cruz, R. *El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales*. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300006
- Munévar Sanabria, G. A. (2021). La acción de extinción del derecho de dominio: naturaleza y aplicación [Universidad Libre], <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/20375/Acci%C3%B3n%20de%20Extinci%C3%B3n%20de%20Dominio%20-%20VERSION%20FINAL%202022.pdf?sequence=2>
- Muñoz Conde, F y García Aran, M. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch. 6° edición. Valencia.
- Náquira Cornejo, F. N. (2019). La existencia del delito fuente en la investigación preparatoria por lavado de activos, según el nuevo código procesal penal peruano, [Tesis de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega], http://repositorio.uigv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.11818/4485/TESIS_NAQUIRA_FRANCISCO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ospino Gutiérrez, J. (2004) *La Ley de Extinción de Dominio*. Carrera 7. 1° edición. Santa Fe de Bogotá.

Pablo Camargo, P. (2009). *La acción de extinción de dominio*. Leyer. 6° edición. Santa Fe de Bogotá.

Pariona Arana, R. Artículo virtual titulado: *Consideraciones críticas sobre la llamada autonomía del delito de lavado de activos*. Temas de Derecho Penal Económico: Empresa y Compliance. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_12.pdf

Peces-Barba, G. (1999). *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*. En: Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política, Cuadernos Bartolomé de las Casas, N° 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid.

Planiol, M. y Ripert, G. (1946) *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo III*. Cultural S.A. 1° edición. La Habana.

Prado Saldarriaga, V. (2007). *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Grijley. 1° edición. Lima.

Prado Saldarriaga, V. *El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú*. Idemsa. 1° edición. Lima.

Rosas Castañeda, J. (2015). *La prueba en el delito de lavado de activos*. Gaceta jurídica. 1° edición. Lima.

Saltos, M. (2019). Propuesta en torno a la recuperación de activos derivados del delito tipificado en el art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, [Tesis de maestría de la Universidad de Azuay], <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/9026/1/14671.pdf>

Sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia N° C-740/03. Caso inconstitucionalidad de la ley de extinción de dominio.

Sentencia emitida por la Corte Interamericana; Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú (fondo).

Sentencia emitida por la Corte Interamericana; Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Fondo).

- Spota, Alberto G. (1971). *Curso sobre temas de Derecho Civil*. Instituto argentino de cultura notarial. Buenos Aires. 1° edición.
- Talavera Elguera, P. (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal, Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas*. Fondo Edit. AMAG, 1° edición. Lima.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Ara. 1 edición. Lima. 2012.
- Welzel, Hans. (1970). *Derecho penal alemán, Parte General*. (traducción Juan Bustos Ramírez - Sergio Yañes Pérez). Editorial jurídica de Chile. 11° edición, Santiago.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trotta. 10° edición. Madrid.

7. Anexos

Anexo 1: Datos Básicos del Problema.

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS
<p style="text-align: center;">EL ESTADO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE LAVADO DE ACTIVOS FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIONES Y PÉRDIDA DE DOMINIO”</p>	<p>¿En qué medida un proceso de extinción de dominio totalmente desvinculado del delito y el proceso penal que lo encausa, es compatible con los estándares y garantías vigentes en un Estado Constitucional de Derecho?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Determinar si la regulación positiva peruana actual sobre el proceso de extinción de dominio es compatible con los estándares y garantías que sustentan materialmente el Estado Constitucional de Derecho</p> <p>OBJETIVOS ESPECIFICOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar los contenidos y principales características del Estado Constitucional de Derecho, a efectos de fijar dicho concepto como parámetro de validez de la actual regulación que del proceso de extinción de dominio hace el legislador peruano. - Describir la naturaleza jurídica y la legitimidad teórica del derecho de 	<p>SI la acción de extinción de dominio guarda observancia por la conexión - judicialmente probada- entre los bienes que constituyen su objeto material, con el delito y/o pena del que procede su ilicitud penal, ENTONCES su naturaleza devendrá en compatible con los estándares y garantías vigentes en un Estado Constitucional de Derecho.</p>

		<p>propiedad, entendida además tanto como institución social y jurídica, como en su dimensión de derecho constitucionalizado en la Carta Magna peruana de 1993.</p> <ul style="list-style-type: none">- Analizar los contenidos y estructura del delito de lavado de activos legislado en el país a la luz de los estándares internacionales que sobre esta materia han sido ratificados por el Estado peruano.- Determinar el nivel de razonabilidad en supuestos de extinción de dominio de bienes materiales a favor del Estado ante eventuales sentencias penales absolutorias que puedan acreditar la inocencia del acusado- Determinar si el grado de vinculación existente entre los objetos, instrumentos, efectos o ganancias sobre los que recae el proceso de extinción de dominio y el delito con el que se les involucra - encauzado en un proceso penal determinado- habilitaría a transferir propiedades particulares a favor del Estado cuando aún no concluya el citado proceso penal.	
--	--	---	--

Anexo 2: Instrumentos de Recolección de Datos.



Ejecución del proyecto de investigación

**“EL ESTADO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE LAVADO DE ACTIVOS
FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIONES Y PÉRDIDA DE
DOMINIO”**

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS

1.- ¿En su opinión, cual es el fenómeno criminógeno que en la actualidad demanda mayor respuesta político criminal por parte del estado peruano?

- a) La corrupción pública.
- b) La violencia de género y de odio.
- c) El crimen organizado.

2.- ¿Estima que en la fecha actual estamos viendo la expansión del derecho penal de manera irreflexiva?

- a) Sí, pues se aprecia un excesivo e irracional uso del derecho penal para tratar de solucionar problemas sociales estructurales.
- b) No, pues el estado peruano solo viene utilizando su política criminal para defender a la sociedad.
- c) Si se advierte actualmente una expansión del derecho penal, aunque esta no es irracional.

3.- ¿Qué entiende por consecuencias accesorias del delito?

- a) Se trata de sanciones producidas a partir de la comisión de un delito.
- b) Se trata de penas que surgen a partir de la comisión de un delito y/o falta.

c) Se trata de consecuencias de naturaleza jurídica que se sustentan en distintos fines político criminales.

4.- ¿Conoce en qué consiste la acción de extinción de dominio?

a) En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva comprobada.

b) En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva presunta.

c) En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia ilícita.

5.- ¿Tiene conocimiento de los principales rasgos y características de la acción de extinción de dominio según su regulación en el decreto legislativo N.º 1373?

a) Sí tengo alcances generales de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio según su regulación en el decreto legislativo N.º 1373.

b) No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se trata de una figura jurídica nueva en el Perú.

c) No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se advierte poca incidencia de la misma en la práctica.

6.- ¿Cree usted que los bienes que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito pueden no tener conexión con el grado de antijuricidad de la conducta penalmente ilícita de la que derivan?

a) No, pues tales bienes guardan conexión al derivarse siempre de un delito.

b) Si, pues en la extinción de dominio solo se investiga si la adquisición se hizo conforme a lo permitido por el ordenamiento jurídico nacional.

c) Eso depende del tipo de delitos del que deriven tales bienes (solo cabe en delitos graves o patrimoniales).

7.- ¿Considera que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, tiene naturaleza distinta al decomiso del proceso penal?

a) No, pues la extinción de dominio busca los mismos fines políticos criminales del decomiso, dependiendo siempre de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga.

b) Sí, pues la primera se ejerce en un proceso distinto al proceso penal.

c) Si, pues la extinción de dominio y el decomiso se ejercen por agentes distintos del sistema de justicia penal.

8.- ¿Considera correcto desdoblarse la persecución penal, siempre y en todos los casos, en dos niveles, uno para perseguir a la persona que delinque (proceso penal), y otra para perseguir los bienes, objetos, efectos o ganancias del delito en comento (extinción de dominio)?

a) Sí, pues ello conllevaría a contrarrestar la sobrecarga procesal que afrontan los fiscales penales.

b) No pues ello podría llevar, eventualmente, a resultados contradictorios respecto al destino final de los bienes relacionados al delito.

c) Ello dependerá de la complejidad del delito del que se derivan los bienes de presunta procedencia delictiva.

9.- ¿Estima conveniente que se pueda abrir un proceso extinción de dominio sin siquiera la existencia de una investigación preliminar sobre el delito del que provendrían los bienes objeto de aquel proceso?

a) Sí, pues se trata de un proceso totalmente independiente y autónomo del proceso penal.

b) No, pues se requiere mínimamente la existencia de un proceso penal para presumir la procedencia delictiva de los bienes.

c) No, pues se requiere siempre la comprobación de la procedencia delictiva, salvo en casos donde no se pueda iniciar o continuar el proceso penal.

10.- ¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar la garantía constitucional de la presunción de inocencia?

a) Sí, pues pueden transferirse propiedades a favor del Estado en supuestos en los que no haya una condena penal de por medio.

b) No, pues al tratarse de un proceso totalmente independiente del proceso penal, no se rige por los principios que inspiran a este último.

c) Sí, porque en este tipo de procesos se considera aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

11.- ¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar el derecho fundamental a la propiedad?

a) Sí, pero sólo en aquellos casos en donde se pueda extinguir la propiedad (el título jurídico) sin acreditar su procedencia ilícita.

b) No, pues únicamente se extingue la apariencia de propiedad, al nunca haberse alcanzado ésta a través de los medios lícitos que el ordenamiento jurídico autoriza.

c) No, porque se trata de un proceso autónomo al proceso penal.

12.- ¿Estima que la presunción de inocencia es plenamente aplicable en el proceso de extinción de dominio?

a) Sí, pues los bienes sobre los que puede recaer la extinción de dominio guardan estrecha conexión con el delito.

b) No, pues al tratarse de un proceso distinto al penal no comparte sus mismas garantías.

c) Sí, pues todo proceso judicial, independientemente de la materia que regule, debe someterse al paradigma del estado constitucional de derecho.

13.- ¿Estima que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, es contraria a un estado constitucional de derecho?

a) No, porque se trata de una opción político criminal que busca luchar contra el crimen organizado y el enriquecimiento ilícito.

b) No, pues la política criminal es un encargo que el constituyente le encarga al legislador.

c) Sí, pues la extinción de dominio no requiere de la comprobación judicial de la procedencia delictiva de los bienes.

14.- ¿Estima posible que, eventualmente, se pueda acreditar la inocencia del acusado en una sentencia absolutoria?

a) No, pues el fin de toda sentencia penal es comprobar o descartar la responsabilidad penal del acusado, siendo irrelevante probar su inocencia.

b) No, pues el estándar probatorio del proceso penal se edifica sobre el fin de enervar la presunción de inocencia que protege al acusado.

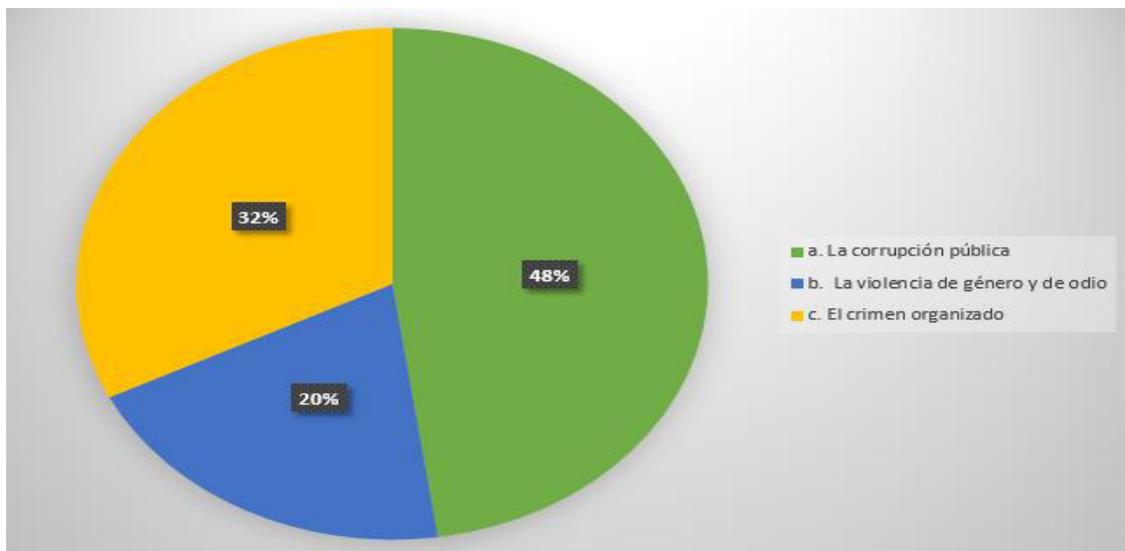
c) Sí, pues la verificación de la inexistencia del hecho, de la no relevancia penal de la conducta, o de la autoría de persona distinta al acusado, constituyen supuestos de certeza de la su inocencia.

Anexo 3: Formato de Tabulación de Datos.

1.- EL FENOMENO CRIIMNAL DE MAYOR RELEVANCIA ACTUAL

PREGUNTA Nº 1

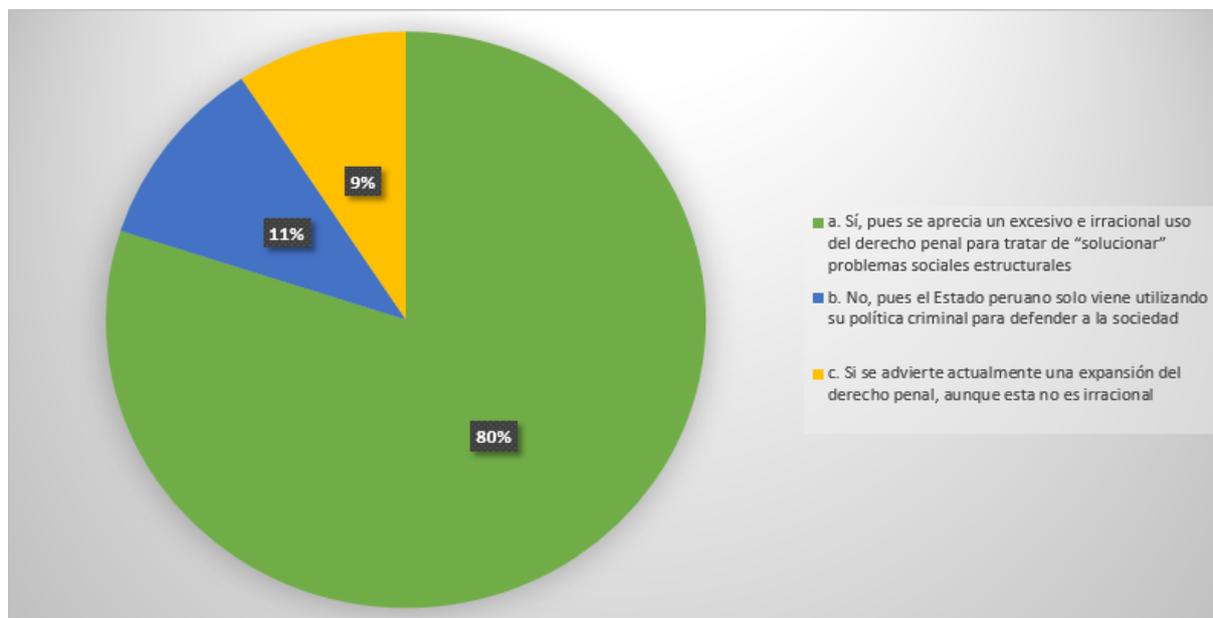
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿En su opinión, cual es el fenómeno criminógeno que en la actualidad demanda mayor respuesta político criminal por parte del Estado peruano?	a. La corrupción pública.	31	48%
	b. La violencia de género y de odio.	13	20%
	c. El crimen organizado.	21	32%
	TOTAL	65	100%



2.- EXPANSION DEL DERECHO PENAL

PREGUNTA Nº 2

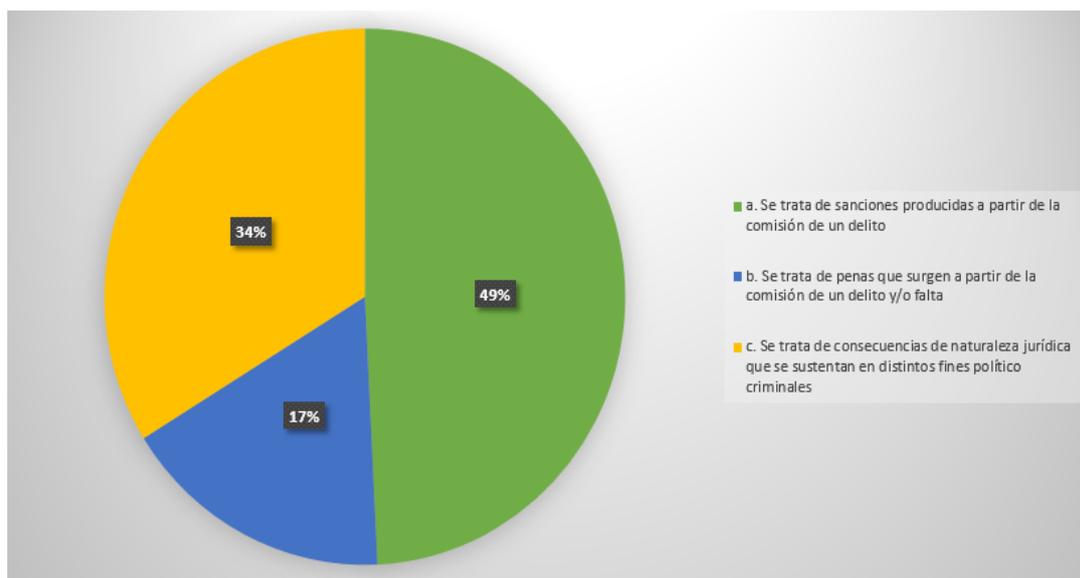
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Estima que en la fecha actual estamos viendo la expansión del derecho penal de manera irreflexiva?	a. si, pues se aprecia un excesivo e irracional uso del derecho penal para tratar de "solucionar" problemas sociales estructurales.	52	80%
	b. No, pues el Estado peruano solo viene utilizando su política criminal para defender a la sociedad.	7	11%
	c. Si se advierte actualmente una expansión del derecho penal, aunque esta no es irracional.	6	9%
	TOTAL	65	100%



3.- COMPRENSION DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

PREGUNTA Nº 3

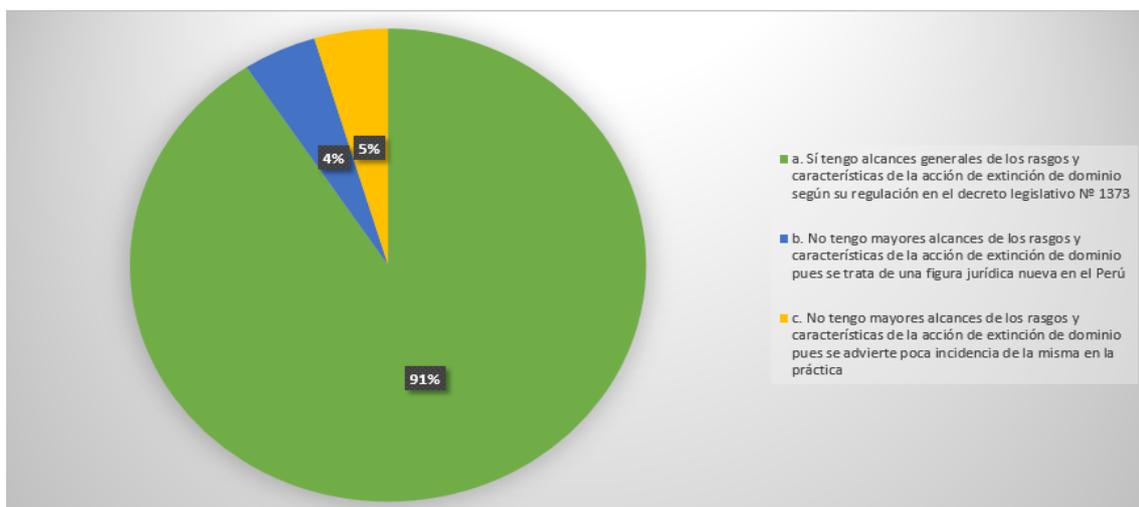
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Qué entiende por consecuencias accesorias del delito?	a. Se trata de sanciones producidas a partir de la comisión de un delito.	32	49%
	b. Se trata de penas que surgen a partir de la comisión de un delito y/o falta.	11	17%
	c. Se trata de consecuencias de naturaleza jurídica que se sustentan en distintos fines político criminales.	22	34%
	TOTAL	65	100%



4.- GRADO DE CONOCIMIENTO DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

PREGUNTA Nº 5

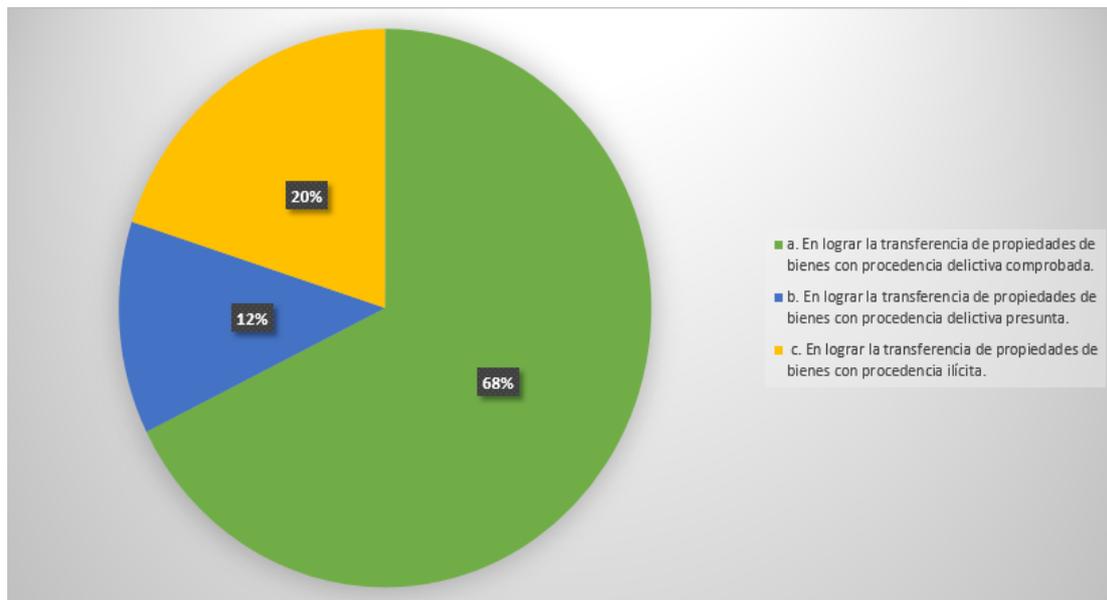
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Tiene conocimiento de los principales rasgos y características de la acción de extinción de dominio según su regulación en el decreto legislativo Nº 1373?	a. Sí tengo alcances generales de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio según su regulación en el decreto legislativo Nº 1373	59	91%
	b. No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se trata de una figura jurídica nueva en el Perú	3	4%
	c. No tengo mayores alcances de los rasgos y características de la acción de extinción de dominio pues se advierte poca incidencia de la	3	5%
	TOTAL	65	100%



5.- SIGNIFICADO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

PREGUNTA Nº 4

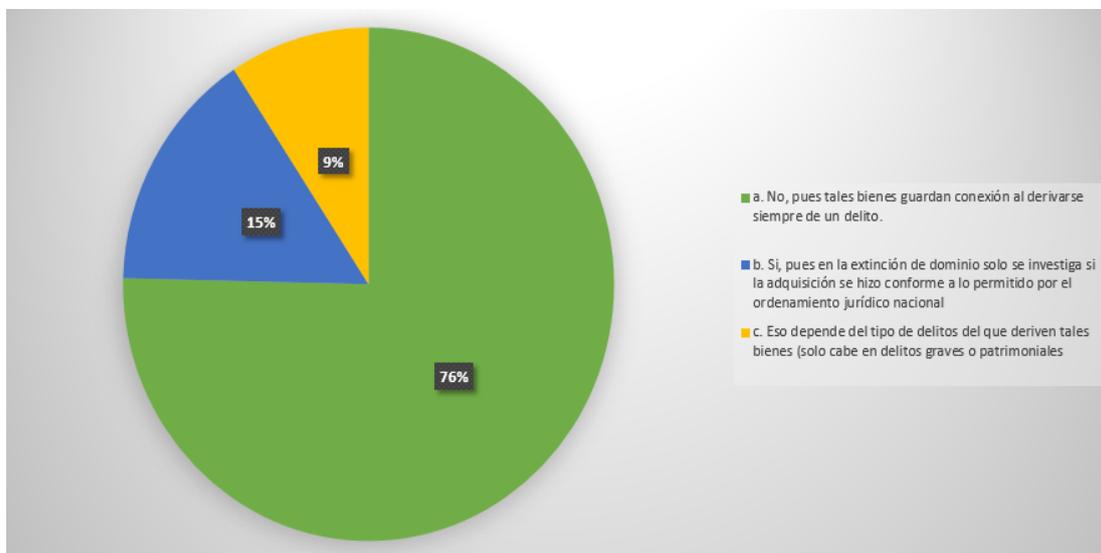
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Conoce en qué consiste la acción de extinción de dominio?	a. En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva comprobada.	44	68%
	b. En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia delictiva presunta.	8	12%
	c. En lograr la transferencia de propiedades de bienes con procedencia ilícita.	13	20%
	TOTAL	65	100%



6.- OBJETOS, INSTRUMENTOS, EFECTOS Y GANANCIAS Y SU CONEXIÓN CON LA ANTIJURICIDAD DELICTUAL

PREGUNTA Nº 6

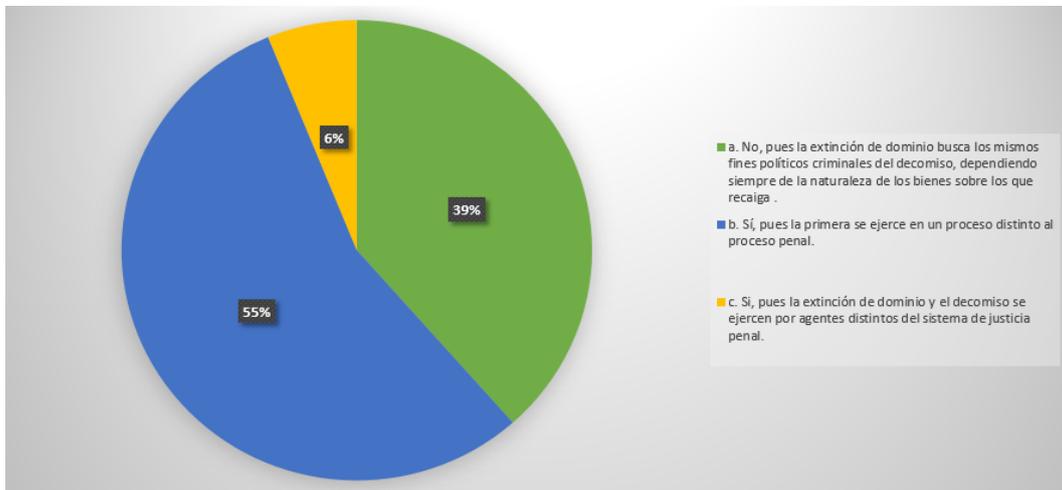
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cree usted que los bienes que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito pueden no tener conexión con el grado de antijuricidad de la conducta penalmente ilícita de la que derivan?	a. No, pues tales bienes guardan conexión al derivarse siempre de un delito.	49	76%
	b. Sí, pues en la extinción de dominio solo se investiga si la adquisición se hizo conforme a lo permitido por el ordenamiento jurídico nacional .	10	15%
	c. Eso depende del tipo de delitos del que deriven tales bienes (solo cabe en delitos graves o patrimoniales).	6	9%
	TOTAL	65	100%



7.- EXTINCIÓN DE DOMINIO Y COMISO PENAL

PREGUNTA Nº 7

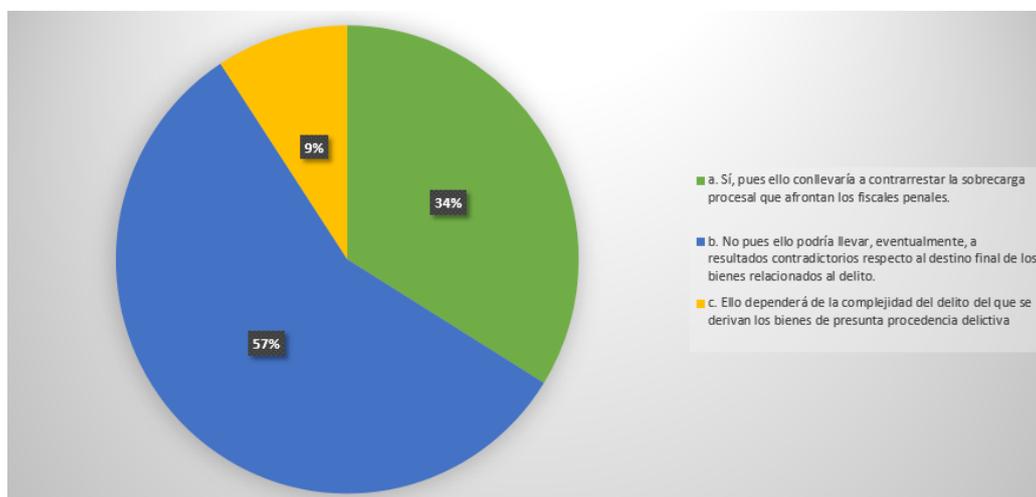
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Considera que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, tiene naturaleza distinta al decomiso del proceso penal?	a. No, pues la extinción de dominio busca los mismos fines políticos criminales del decomiso, dependiendo siempre de la naturaleza de los bienes sobre los que recaiga .	25	39%
	b. Sí, pues la primera se ejerce en un proceso distinto al proceso penal.	36	55%
	c. Sí, pues la extinción de dominio y el decomiso se ejercen por agentes distintos del sistema de justicia penal.	4	6%
	TOTAL	65	100%



8.- PERSECUCION PENAL DE PERSONAS Y DE BIENES

PREGUNTA N° 8

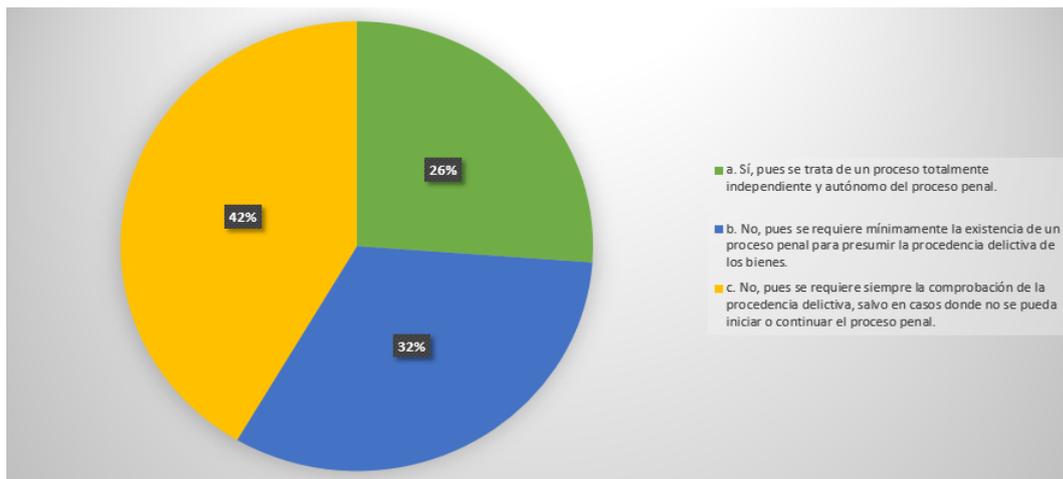
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Considera correcto desdoblar la persecución penal, siempre y en todos los casos, en dos niveles, uno para perseguir a la persona que delinque (proceso penal), y otra para perseguir los bienes, objetos, efectos o ganancias del delito en comento (extinción de dominio)?	a. Sí, pues ello conllevaría a contrarrestar la sobrecarga procesal que afrontan los fiscales penales.	22	34%
	b. No pues ello podría llevar, eventualmente, a resultados contradictorios respecto al destino final de los bienes relacionados al delito.	37	57%
	c. Ello dependerá de la complejidad del delito del que se derivan los bienes de presunta procedencia delictiva	6	9%
	TOTAL	65	100%



9.- EXTINCIÓN DE DOMINIO Y TOTAL DESCONEXIÓN CON EL PROCESO PENAL

PREGUNTA Nº 9

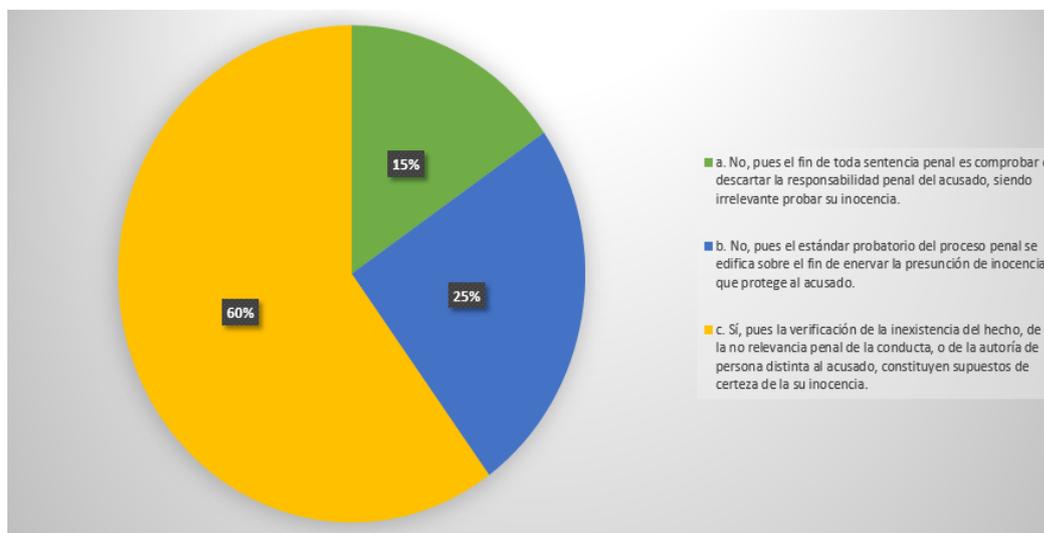
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Estima conveniente que se pueda abrir un proceso extinción de dominio sin siquiera la existencia de una investigación preliminar sobre el delito del que provendrían los bienes objeto de aquel proceso?	a. Sí, pues se trata de un proceso totalmente independiente y autónomo del proceso penal.	17	26%
	b. No, pues se requiere mínimamente la existencia de un proceso penal para presumir la procedencia delictiva de los bienes.	21	32%
	c. No, pues se requiere siempre la comprobación de la procedencia delictiva, salvo en casos donde no se pueda iniciar o continuar el proceso penal.	27	42%
	TOTAL	65	100%



10.- INOCENCIA DEL ACUSADO Y SENTENCIA PENAL

PREGUNTA Nº 14

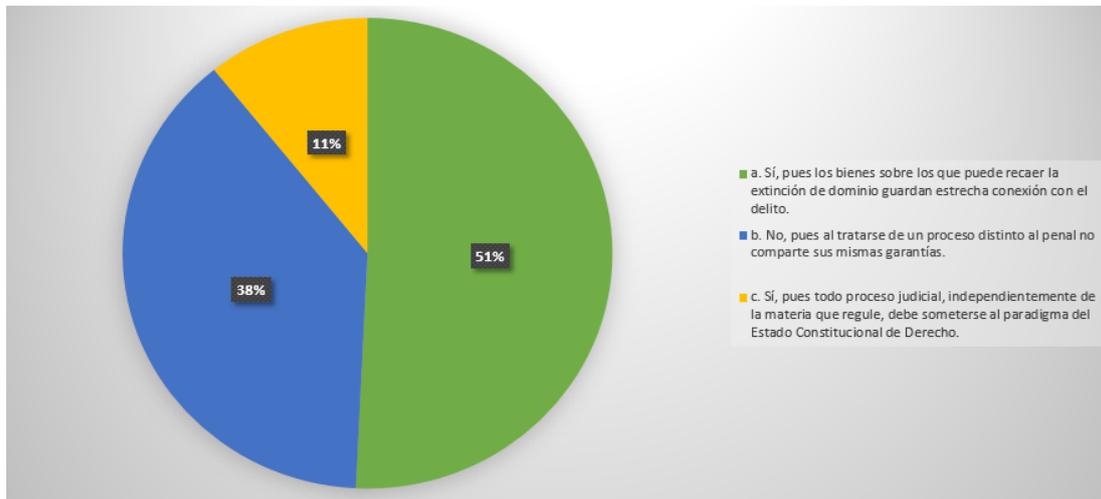
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Estima posible que, eventualmente, se pueda acreditar la inocencia del acusado en una sentencia absolutoria?	a. No, pues el fin de toda sentencia penal es comprobar o descartar la responsabilidad penal del acusado, siendo irrelevante probar su inocencia.	10	15%
	b. No, pues el estándar probatorio del proceso penal se edifica sobre el fin de enervar la presunción de inocencia que protege al acusado.	16	25%
	c. Sí, pues la verificación de la inexistencia del hecho, de la no relevancia penal de la conducta, o de la autoría de persona distinta al acusado, constituyen	39	60%
	TOTAL	65	100%



11.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EXTINCIÓN DE DOMINIO

PREGUNTA N° 12

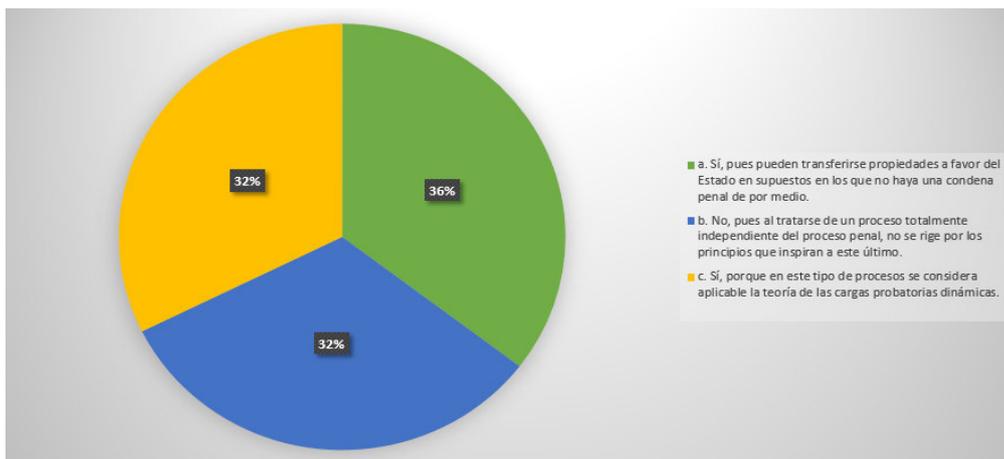
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Estima que la presunción de inocencia es plenamente aplicable en el proceso de extinción de dominio?	a. Sí, pues los bienes sobre los que puede recaer la extinción de dominio guardan estrecha conexión con el delito.	33	51%
	b. No, pues al tratarse de un proceso distinto al penal no comparte sus mismas garantías.	25	38%
	c. Sí, pues todo proceso judicial, independientemente de la materia que regule, debe someterse al paradigma del Estado Constitucional de	7	11%
	TOTAL	65	100%



12.- EXTINCIÓN DE DOMINIO Y EVENTUAL VULNERACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

PREGUNTA Nº 10

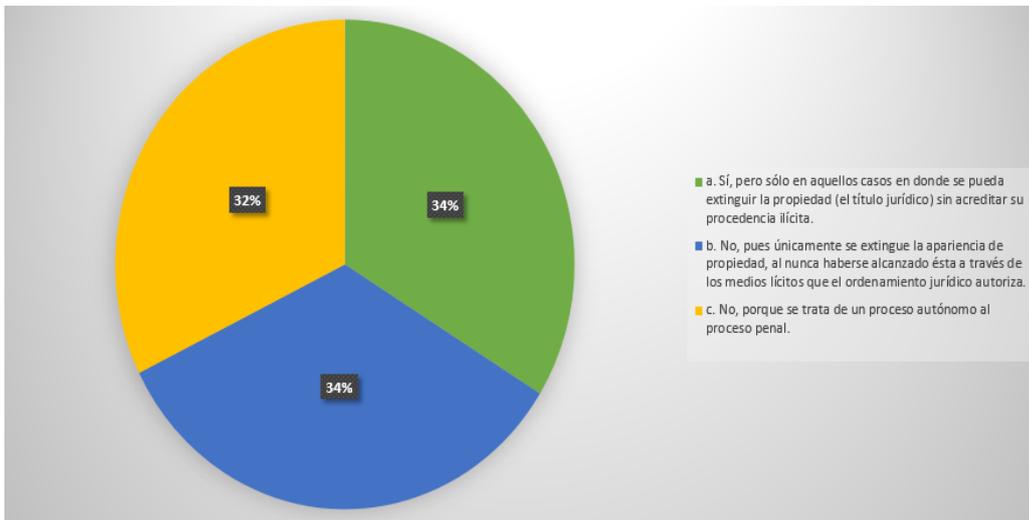
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar la garantía constitucional de la presunción de inocencia?	a. Sí, pues pueden transferirse propiedades a favor del Estado en supuestos en los que no haya una condena penal de por medio.	23	36%
	b. No, pues al tratarse de un proceso totalmente independiente del proceso penal, no se rige por los principios que inspiran a este último.	21	32%
	c. Sí, porque en este tipo de procesos se considera aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas.	21	32%
	TOTAL	65	100%



13.- EXTINCIÓN DE DOMINIO Y EVENTUAL VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

PREGUNTA Nº 11

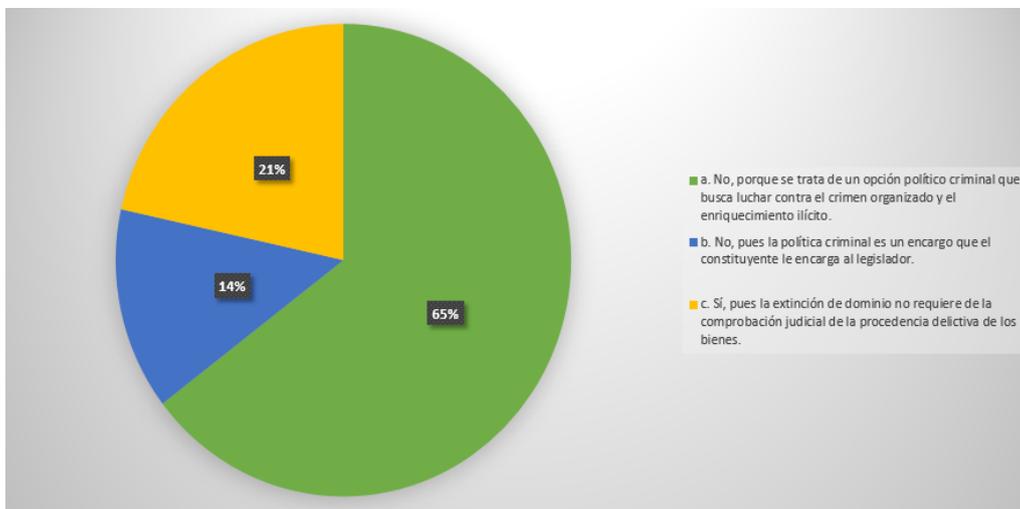
PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cree usted que la regulación legal actual de la acción de extinción de dominio puede eventualmente vulnerar el derecho fundamental a la propiedad?	a. Sí, pero sólo en aquellos casos en donde se pueda extinguir la propiedad (el título jurídico) sin acreditar su procedencia ilícita.	22	34%
	b. No, pues únicamente se extingue la apariencia de propiedad, al nunca haberse alcanzado ésta a través de los medios lícitos que el ordenamiento jurídico autoriza.	22	34%
	c. No, porque se trata de un proceso autónomo al proceso penal.	21	32%
	TOTAL	65	100%



14.- EXTINCIÓN DE DOMINIO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

PREGUNTA Nº 13

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Estima que la extinción de dominio, conforme a su regulación legal actual, es contraria a un Estado Constitucional de Derecho?	a. No, porque se trata de un opción político criminal que busca luchar contra el crimen organizado y el enriquecimiento ilícito.	42	65%
	b. No, pues la política criminal es un encargo que el constituyente le encarga al legislador.	9	24%
	c. Sí, pues la extinción de dominio no requiere de la comprobación judicial de la procedencia delictiva de los bienes.	14	21%
	TOTAL	65	100%



 UNPRG UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	16-03-2023
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 1 de 3	

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 5:00 p.m. del jueves 16 de marzo de 2023, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°892-2017-EPG, de fecha 11 de agosto de 2017, conformado por:

Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE	presidente
Dr. EZEQUIEL CHAVARRY CORREA	secretario
Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ	vocal
Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS	asesor

Para evaluar el informe de tesis del tesista JOSE LUIS DIAZ LLANOS, candidato a optar el grado de *DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA*, con la tesis titulada "*EL ESTADO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE LAVADO DE ACTIVOS FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIONES Y PERDIDA DE DOMINIO.*".

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°228- 2023-EPG de fecha 06 de marzo de 2023, que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla. Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de

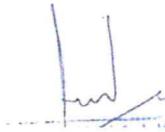
Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

 UNPRG <small>UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO</small>	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	16-03-2023
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 17 puntos, equivalente a BUENO, quedando el candidato apto para optar el Grado de *DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA*.

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

Siendo las 7:00 p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.



Dr. AMADOR MONDOÑEDO VALLE
PRESIDENTE



Dr. EZEQUIEL CHAVARRY CORREA
SECRETARIO



Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ
VOCAL

Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS
ASESOR

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS, Docente/ Asesor de tesis/Revisor del trabajo de investigación del (los) estudiante(s) JOSÉ LUIS DIAZ LLANOS.

Titulada:

EL ESTADO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE LAVADO DE ACTIVOS FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIONES Y PÉRDIDA DE DOMINIO, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 18% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 27 de marzo del 2023.



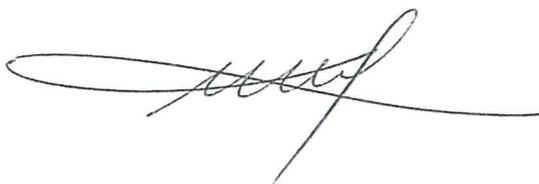
ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS
DNI: 41221278
ASESOR

Declaración jurada de originalidad

Yo, Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus, asesor de tesis, revisor del trabajo de investigación del tesista José Luis Díaz Llanos, titulada, El Estado de Derecho en los procesos de lavado de activos frente al procedimiento de incautaciones y pérdida de dominio. Luego de la revisión exhaustiva del documento constató que la misma tiene un índice de similitud del 18% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituye plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 07 de noviembre de 2022.



TURNITIN - UNPRG

INFORME DE ORIGINALIDAD

18%	18%	1%	8%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
2	cdn.www.gob.pe Fuente de Internet	2%
3	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%
4	static.legis.pe Fuente de Internet	1%
5	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	doku.pub Fuente de Internet	<1%
7	revistas.juridicas.unam.mx Fuente de Internet	<1%
8	Submitted to BENEMERITA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE PUEBLA BIBLIOTECA Trabajo del estudiante	<1%
9	qdoc.tips Fuente de Internet	




ALEJANDRO LAMADRID UGBLINS
DNI: 41221278
ASESOR.



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Título del ejercicio: UNPRG
Título de la entrega:	TESIS_DOCTORAL_FINAL_JOSE_LUIS_DIAZ_LLANOS.doc
Nombre del archivo:	TESIS_DOCTORAL_FINAL_JOSE_LUIS_DIAZ_LLANOS.doc
Tamaño del archivo:	1.88M
Total páginas:	116
Total de palabras:	32,995
Total de caracteres:	175,483
Fecha de entrega:	24-nov.-2022 01:08p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega...	1962714830

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA



TESIS

EL ESTADO DE DERECHO EN LOS PROCESOS DE LAVADO DE
ACTIVOS FRENTE AL PROCEDIMIENTO DE INCAUTACIONES Y
PÉRDIDA DE DOMINIO

Investigador:

Mg. JOSE LUIS DIAZ LLANOS

Asesor:

Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS

Lambayeque, 2022

ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS
DNI: 41221278
ASESOR