

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**LIMITACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO Y SU
EXTENSIÓN A PARTIR DE SUS FUENTES FILOSÓFICAS Y DOCTRINARIAS**

PRESENTADA POR:

ROGER FERNANDO ISTAÑA PONCE

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PRIVADO

PUNO - PERÚ

2012

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

BIBLIOTECA CENTRAL
AREA DE TESTO

Fecha Ingreso: 11 JUN 2015

Nº 0764

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAESTRIA

MAESTRÍA EN DERECHO

TESIS

LIMITACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO Y SU
EXTENSIÓN A PARTIR DE SUS FUENTES FILOSÓFICAS Y DOCTRINARIAS

PRESENTADA POR:

ROGER FERNANDO ISTAÑA PONCE

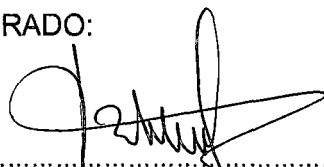
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PRIVADO

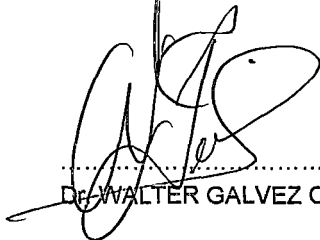
APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE



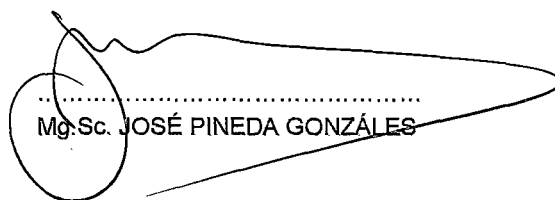
.....
Dr. BORIS ESPEZÚA SALMÓN

PRIMER MIEMBRO



.....
Dr. WALTER GALVEZ CONDORI

SEGUNDO MIEMBRO



.....
Mg.Sc. JOSÉ PINEDA GONZÁLES

Puno, 25 de julio de 2012

DEDICATORIA

A mí recordada madre:

Por el mayor de sus afectos

y el mejor de los ejemplos con que supo

guiarme hacia la esperanza de un futuro mejor.

AGRADECIMIENTO

A los docentes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional del Altiplano, por su gran calidad profesional plasmado en el aprendizaje logrado en los maestristas

ÍNDICE

Dedicatoria	i
Agradecimiento	ii
Índice general.....	iii
Resumen.....	x
Abstract.....	xi
Introducción.....	1

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION

1. Planteamiento del problema	5
1.1. Descripción de la realidad problemática	5
1.2. Formulación del problema de investigación.....	9
1.2.1. Problema general	9
1.2.2. Problemas específicos.....	9
1.3. Limitaciones de la investigación realizada	10
1.4. Objetivos de la investigación	10
1.4.1. Objetivo general	10
1.4.2. Objetivos específicos.....	11
1.5. Justificación de la investigación.....	11
1.6. Hipótesis de investigación	13
1.6.1. Hipótesis general.....	13
1.6.2. Hipótesis específicas	13
1.6.3. Unidades, ejes y sub ejes de estudio.....	15

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación y legislación.....	16
2.1.1. Antecedentes de investigación a nivel nacional.....	16
2.1.2. Antecedentes a nivel internacional	17
2.2. Marco Teórico Referencial.....	18
2.2.1. Pérdida de dominio.....	18
2.2.2. Fuentes filosófica.....	18
2.2.3. El iusnaturalismo	19
2.2.4. El liberalismo	21
2.2.5. Fuentes doctrinarias	21
2.2.6. Principio de licitud.....	22
2.2.7. Teoría de la función social de la propiedad	22
2.2.8. La propiedad	23
2.3. Glosario de términos	24

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

ESTRATEGIA METODOLÓGICA DE INVESTIGACIÓN Y TÉCNICAS DE ACOPIO DE LA INFORMACIÓN

3.1. Tipo y diseño de investigación.....	27
3.1.1. Tipo de investigación.....	27
3.1.2. Diseño de investigación.....	28
3.2. Objeto de investigación	29
3.3. Métodos y técnicas de investigación	29

3.3.1. Métodos	29
3.3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de información	30
3.4. Procedimiento de la investigación	31
3.5. Plan de procesamiento de datos	31

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIONES

DESARROLLO DE LAS FUENTES E INSTITUCIONES JURÍDICAS

COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO

1. Fuentes filosóficas.....	33
1.1. El iusnaturalismo	33
1.1.1. Concepto	33
1.1.2. Evolución histórica.....	34
1.1.3. Representantes del iusnaturalismo racionalista.....	36
1.1.4. Representantes del iusnaturalismo tradicional.....	38
1.1.5. Representantes del iusnaturalismo moderno.....	40
1.1.6. El derecho natural	42
1.1.7. Características del derecho natural	43
1.1.8. Fundamentales tesis del iusnaturalismo	44
1.1.9. Análisis del iusnaturalismo como fundamento filosófico	47
1.1.10. Conclusiones.....	51
1.2. El liberalismo	54
1.2.1. Características del liberalismo	54
1.2.2. La finalidad del liberalismo	55
1.2.3. Diversas concepciones del liberalismo	57

1.2.4. Conclusiones	66
2. Fuentes doctrinarias	69
2.1. El principio de licitud	69
2.2. El principio de licitud en la ley de pérdida de dominio	70
2.3. Teoría de la función social de la propiedad	73
2.3.1. Doctrinas sobre la función social	74
2.3.2. Doctrina iusnaturalista de la propiedad: David Hume y Adam Smith	77
2.4. Conclusiones	79
3. Pérdida de dominio	82
3.1. Consideraciones generales	82
3.2. Definición	83
3.3. Alcances de la ley de pérdida de dominio	83
3.4. Naturaleza jurídica	88
3.5. Fundamentos de la acción de pérdida de dominio	90
3.6. Bienes sujeto a la acción de pérdida de dominio	95
3.7. Patrimonio criminal	96
3.8. Características de la acción de pérdida de dominio	101
3.9. La acción de pérdida de dominio en el derecho comparado	102
3.10. La pérdida de dominio en la convención americana sobre derechos humanos	109
3.11. Análisis de los alcances de pérdida de dominio	110
3.12. Conclusiones	114
4. La propiedad	119
4.1. Definición	119
4.2. Fundamentos del derecho de propiedad	120

4.3. Atributos del derecho de propiedad	121
4.4. Características del derecho de propiedad	121
4.5. Limitaciones al derecho de propiedad	122
4.6. Conclusiones.....	123
5. Comprobación de la hipótesis y discusiones	123
5.1. Hipótesis	123
5.2. Conclusiones de los argumentos desarrollados para cada hipótesis específica	126
5.3. Discusiones: confirmación, cuestionamiento y desarrollo	140
5.3.1. Confirmación	140
5.3.2. Cuestionamiento.....	142
5.3.3. Desarrollo	142
Conclusiones.....	151
Recomendaciones.....	154
Bibliografía	156
Web grafía.....	159
Anexos	165

INDICE DE FIGURAS

Figura N° 01	28
--------------------	----

INDICE DE ANEXOS

1. Guía o Ficha de investigación de contenido	166
2. Decreto Legislativo N° 1104	167
3. Propuesta de Lege Ferenda.....	178

RESUMEN

El presente trabajo de investigación denominado: **“Limitación de la aplicación de la ley de pérdida de dominio y su extensión a partir de sus fuentes filosóficas y doctrinarias”**, tiene por finalidad ampliar la aplicación de la figura legal de Pérdida de Dominio, introducida en la legislación peruana por primera vez mediante el Decreto Legislativo No 992, modificado por Ley 29212, luego derogada por el Decreto Legislativo No 1104 de fecha 19 de abril del 2012, a efecto de que constituya una herramienta efectiva y eficaz para privar a los agentes delictivos de su patrimonio criminal, a partir del desarrollo de fuentes filosóficas y doctrinarias. Con dicho propósito se ha empleado los métodos de análisis y síntesis, el método deductivo para trabajar la información doctrinaria; los métodos dogmático, exegético y la hermenéutica jurídica en el estudio e interpretación de la ley. Como resultados se ha determinado que el iusnaturalismo y liberalismo constituyen fuentes filosóficas relevantes y los principios de licitud y función social de la propiedad como fuentes doctrinarias adicionales, que permiten sostener que esta ley de pérdida de dominio puede ser extendido para privar el patrimonio criminal de todo tipo de delitos. Al final del trabajo, se ha llegado a la conclusión de que la ley de pérdida de dominio se encuentra limitado para un número reducido de delitos, que debe ser extendido en su aplicación para privar el patrimonio criminal de todo tipo de delitos, constituyendo como fundamentos pertinentes el iusnaturalismo y liberalismo, así como los principios de licitud y función social de la propiedad.

PALABRAS CLAVES: función social de la propiedad, iusnaturalismo, liberalismo, licitud, patrimonio criminal, pérdida de dominio.

ABSTRACT

This research paper entitled: "Limiting Law Enforcement loss domain and its extension from its philosophical and doctrinal sources", is intended to extend the application of the legal concept of domain loss, introduce in the first Peruvian law by Legislative Decree No. 992, as amended by Lay 29212, then repealed by Legislative Decree No. 1104 dated April 19, 2012, in order to constitute an effective and efficient tool to deprive the criminal agents their criminal heritage, through the development of philosophical and doctrinal sources. With this purpose has been employed methods of analysis and synthesis, deductive approach to working doctrinal information; the dogmatic, exegetical and legal interpretation methods in the study and interpretation of the law. As a result it has been determined that the natural law and liberalism are relevant philosophical sources and principles of legality and social function of property as additional doctrinal sources, which support the view that this law of loss of control can be extended to deprive the criminal heritage of all crimes. At the end of the work, it has been concluded that the law of loss of control is limited to a small number of offenses, which must be extended in its application to deprive the criminal heritage of al crimes, constituting as foundations relevant natural law and liberalism, and the principles of legality and social function of property.

KEYMORDS: social function of property, natural law, liberalism, legality, criminal, assets, loss domain.

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis está referida al estudio de las fuentes filosóficas y doctrinarias, que permitan ampliar la aplicación de la ley de pérdida de dominio, introducida inicialmente en la legislación nacional mediante el Decreto Legislativo No 992, modificado por Ley 29212, luego derogada por el Decreto Legislativo No 1104 del 19 de abril del 2012, con la finalidad de asegurar que el Estado cuente con los instrumentos legales que permita una firme lucha contra el crimen organizado, ya que la regulación originaria y su modificatoria, presentan diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en su aplicación por los operadores jurídicos, como una herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas que requería determinar con claridad el marco normativo.

El Decreto Legislativo No 992 en su texto originario establecía la acción de pérdida de dominio para los agentes que incurran en los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas. Con la modificatoria por ley 29212 se incluyó al delito de lavado de activos. Actualmente con la derogatoria por el Decreto Legislativo No 1104, la figura legal de pérdida de dominio se ha establecido para los siguientes delitos: **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal** y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

La acción de pérdida de dominio, se introduce en la legislación nacional como parte de la política criminal de lucha contra la criminalidad organizada, con la finalidad de privar del patrimonio criminal a los agentes delictivos que han amasado grandes fortunas (bienes) que permiten a las organizaciones delictivas nacionales y transnacionales, invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles, que requiere fortalecer las instituciones que combaten a estas organizaciones, para el traslado de esos bienes al Estado.

Esta figura de pérdida de dominio regulado actualmente por el Decreto Legislativo 1104, adolece de serias limitaciones y contradicciones internas y con el resto del ordenamiento jurídico. En la parte expositiva se señala que el propósito es efectuar una reforma normativa conducente a asegurar que la pérdida de dominio constituya una herramienta eficaz destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas. Asimismo se indica que por el principio de legalidad debe ser aplicable a todos los delitos. De acuerdo con el artículo 5°.1, la pérdida de dominio debe recaer sobre los objetos, instrumentos, efectos o ganancias que sea producto directo o indirecto de actividad delictiva; lo que denota que debería aplicarse a los agentes delictivos de cualquier tipo de delitos. Sin embargo en el artículo 2°.2 se ha establecido su aplicación para un número reducido de delitos, principalmente delitos de criminalidad organizada.

En ese contexto, el presente trabajo resulta importante y necesaria, si bien se ha logrado un gran avance progresivo en la regulación de la pérdida de dominio, tanto en sus alcances y procedimientos, existen contradicciones y

limitaciones que requieren ser analizados para ampliar sus alcances, puesto que el legislador no ha tomado en cuenta categorías y principios propios del derecho privado y su intersección con el derecho penal y constitucional, que permita construir una herramienta eficaz y funcional dentro del ordenamiento jurídico del país, y lleve a fortalecer el mensaje de que en el Perú y cualquier parte del mundo, la riqueza debe obtenerse a través del trabajo honesto y mediante mecanismos legítimos.

Con el propósito de aportar criterios al esclarecimiento de estas dificultades y contribuir a superar las limitaciones anotadas, en el presente trabajo abordamos diversos aspectos de la figura legal de pérdida de dominio y del derecho de propiedad, fundamentalmente su naturaleza jurídica, sus alcances y limitaciones, así como desarrollar las fuentes filosóficas y doctrinarias, principalmente el iusnaturalismo y liberalismo y los principios de licitud y función social de la propiedad, buscando formular criterios razonables y consistentes para la comprensión de esta institución y su ampliación en sus alcances para la privación del patrimonio criminal de todo tipo de delitos.

Para tal cometido luego de haber formulado el problema a investigar, delimitándolo adecuadamente y precisando los fines y objetivos perseguidos, formulado las hipótesis que a nuestro juicio responden a las interrogantes contenidas en el problema, así como determinado la metodología de investigación; hemos desarrollado con el análisis e interpretación del iusnaturalismo y liberalismo como principales fuentes filosóficas y los principios de licitud y función social de la propiedad como fuentes doctrinarias, luego con el análisis e interpretación de la institución de pérdida de dominio y derecho de propiedad, los que de modo general se han indicado en el marco teórico

referencial (al constituir el marco teórico de la presente investigación), como parte del planteamiento metodológico, debido a que en una investigación cualitativa de tipo jurídico, el propio marco teórico de la investigación, constituye parte integrante del objeto investigado, precisamente porque se recurre a categorías lógico dogmáticos ajenos a la investigación cuantitativa. En seguida se procedió con la discusión o contrastación, estos es, confirmación, cuestionamiento y desarrollo de la teoría (perspectiva de la institución jurídica), que comprende a su vez la demostración correspondiente de las hipótesis formuladas como respuesta a la dificultad temática investigada.

Finalmente presentamos las respectivas conclusiones, recomendaciones y las propuestas de legeferenda, que consideramos necesarias para dotar de funcionalidad y eficacia a la figura legal de pérdida de dominio dentro del ordenamiento jurídico. Para concluir hemos consignado la bibliografía consultada, respecto a las unidades, ejes y sub ejes de estudio.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCION DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, mediante Decreto Legislativo No 992 del 22 de julio del 2007, se reguló por primera vez el proceso de pérdida de dominio, sólo para los agentes que incurran en los delitos de **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas**, con la intención de hacer frente a la criminalidad organizada. La misma que ha merecido abundantes críticas, incluso a cuestionarse su constitucionalidad, no sólo por su contenido sino también por la forma de su expedición (Decreto Legislativo), por cuanto se consideraba que excedía el marco de atribuciones otorgadas por el Ejecutivo mediante ley No 29009. Ante estos duros cuestionamientos mediante Ley No 29212, publicada en fecha 18 de abril del 2008, el Congreso de la República modificó, reemplazando prácticamente todo su contenido y ampliando su aplicación además para el delito de lavado de activos, es decir, se tenía previsto para un número reducido de delitos. Posteriormente fue derogado por Decreto Legislativo No 1104 de fecha 19 de

abril del 2012, al advertirse que la legislación vigente hasta ese momento adolecía de diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que generaba serias dificultades en los operadores jurídicos, por lo que el Estado ha visto por conveniente efectuar una reforma normativa conducente a asegurar que la pérdida de dominio sea aplicable con eficacia a los delitos para los que ya operaba y la necesidad de ampliar sus alcances a otros tipos penales, es así que se establece su aplicación para los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Desde el año 2007 en que se introduce esta figura legal de pérdida de dominio originariamente sólo para seis delitos, a la fecha con el Decreto Legislativo 1104 se tiene previsto su aplicación para quince delitos. Sin embargo consideramos que esta limitación a determinados delitos que el Estado estima que serían de trascendencia social, presenta contradicciones cuando en la misma ley se indica que por el principio de igualdad debe ser aplicable a todos los delitos, así como en la exposición de motivos de este Decreto Legislativo se señala que (...) los agentes del delito no tienen derecho real alguno sobre los bienes o activos integrantes de estos "patrimonios criminales"; y menos aún, el derecho de propiedad, puesto que todo derecho sólo se adquiere conforme a los mecanismos propios del ordenamiento jurídico, nunca contraviniéndolos, y menos a través de la comisión de un delito, que constituye el mayor ataque al ordenamiento jurídico. Además se señala como

uno de los efectos esperados de esta norma de dar el mensaje de que en el Perú la riqueza debe obtenerse a través del trabajo y del esfuerzo legítimo.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley No 2658/2008-CG, presentado por la Contraloría General de la República al Congreso en fecha 03-09-2008¹, se indica que debe ampliarse su aplicación a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, en mérito a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú en materia de lucha contra la corrupción, como son la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, que son delitos cometidos por funcionarios públicos. En los referidos acuerdos, los Estados partes se han comprometido, entre otros, a implementar medidas sobre los bienes obtenidos o que sean consecuencia de actos de corrupción. Siendo su fundamento importante de esta propuesta ayudar a prevenir y combatir las prácticas corruptivas, que afectan el orden moral y el funcionamiento del aparato estatal y recordar la obligación y el deber que tienen las personas especialmente en el ejercicio de la función pública, para actuar con apego a las normas y fines que rigen la vida de la comunidad.

En tal contexto, las contradicciones y limitaciones que presenta esta normatividad, puede ser superado y extendido su aplicación para los bienes que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias de todo tipo de delitos o provenientes de actividades ilícitas, recurriendo a las fuentes filosóficas y doctrinarias que inspiran el derecho de propiedad, como es el iusnaturalismo racionalista, el liberalismo, el principio de licitud y la función

¹ Exposición de motivos, formulado por la Contraloría General de la República al presentar el Proyecto de ley No 2658/2008-CG de fecha 03-09-2008, Proyecto de Ley para modificar el Decreto Legislativo No 992, sobre proceso de pérdida de dominio, en virtud de la facultad de iniciativa legislativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú.

social de la propiedad, que nos informan que en el campo del derecho de propiedad, los bienes deben ser necesariamente adquiridos mediante operaciones que tienen una finalidad lícita, en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la Constitución y las leyes, que concuerdan plenamente con las normas de eficacia e ineficacia de los actos o negocios jurídicos y normas relativas a derechos reales, muy especialmente la causa lícita para que pueda merecer el reconocimiento y protección por parte del ordenamiento jurídico, y ésta no puede proteger el derecho de dominio y en general cualquier derecho real surgido de título o causa injustos, contrarios a la ley, al orden público, las buenas costumbres y la función social.

Desde el punto de vista eminentemente civilista el proceso de pérdida de dominio tiene por finalidad terminar el vínculo entre el propietario y el bien a favor del Estado sin contraprestación alguna, por haber sido adquirido por medios fuera de los límites permitidos por la ley. Es un mecanismo procesal independiente de un proceso penal, que trata de evitar que se legalice el patrimonio criminal, en donde los agentes delictivos pueden llegar a manejar grandes cantidades de dinero y recursos, que afecta el orden moral, pues desincentiva a aquellos que obtienen la riqueza producto del trabajo honesto, mientras que los agentes delictivos se enriquecen fácilmente mediante operaciones ilícitas, lo que indudablemente incide en la estabilidad económica y política del país.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Será posible que acudiéndose a las fuentes filosóficas y doctrinarias la figura legal de pérdida de dominio, puede extenderse su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos y no sólo para **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales y minería ilegal**, para generar mayor funcionalidad de esta figura legal dentro del ordenamiento jurídico del país?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- ¿Cuáles son los alcances y limitaciones de la ley de pérdida de dominio regulado por Decreto Legislativo N° 1104?
- ¿Cuál es la finalidad de la ley de pérdida de dominio y qué otros fines existen en las fuentes filosóficas y doctrinarias al respecto?
- ¿Cuáles son los postulados fundamentales del iusnaturalismo y liberalismo, así como los fundamentos doctrinarios del principio de licitud y función social de la propiedad, que permitan sostener que el patrimonio de toda persona debe ser producto de un trabajo honesto y en armonía con el bien común?
- ¿La figura legal de pérdida de dominio, recurriendo a sus fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y a sus fuentes doctrinarias

del principio de licitud y función social de la propiedad, puede extenderse en su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos?

1.3. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

El presente trabajo de investigación, se encuentra limitado al análisis dogmático-jurídico, sobre la necesidad de ampliar la aplicación de la ley de pérdida de dominio a todo tipo de delitos, acudiendo a sus fuentes filosóficas y doctrinarias. En el primero se considera al iusnaturalismo y liberalismo y en el segundo al principio de licitud y la función social de la propiedad.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar las limitaciones y los fines de la figura legal de pérdida de dominio, y que acudiendo a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo, el liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, es probable extender su aplicación a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de todo tipo de delitos, y no sólo sea aplicable para **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales y minería ilegal**; de este modo generar que la ley de pérdida de dominio sea funcional y coherente con el resto del ordenamiento jurídico del país.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer los alcances y las limitaciones de la ley de pérdida de dominio regulado por el Decreto Legislativo N° 1104.
- Determinar analíticamente la finalidad de la ley de pérdida de dominio y otros fines que aportan las fuentes filosóficas y doctrinarias.
- Determinar los postulados fundamentales del iusnaturalismo y liberalismo, así como los fundamentos doctrinarios del principio de licitud y función social de la propiedad, que permitan sostener que el patrimonio de toda persona debe ser producto de un trabajo honesto y en armonía con el bien común.
- Desarrollar argumentos sólidos y coherentes que la figura legal de pérdida de dominio acudiendo a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, puede extenderse en su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos, para generar mayor eficacia, funcionalidad y coherencia dentro del ordenamiento jurídico del país.

1.5. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia del presente trabajo de investigación, radica en desarrollar argumentos razonables en base a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo, y las fuentes doctrinaria de licitud y función social de la propiedad, que sustente extender la aplicación de la ley de pérdida de dominio a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias vinculados a todo tipo de delitos, a

efecto de generar mayor funcionalidad y coherencia con el sistema jurídico, que permita un verdadero desarrollo económico, político y social del país, sobre bases morales, éticos y de justicia. Es necesario desarrollar fundamentos doctrinarios y filosóficos de pérdida de dominio que permita ampliar su finalidad que no sólo sea entendido para combatir la criminalidad organizada como señala la exposición de motivos de la ley, sino el bien común que persigue el Estado, la misma que comprende varios objetivos. En ese contexto la pérdida de dominio debe ser una herramienta eficaz para privar a los agentes delictivos de su patrimonio criminal producto de la comisión de delitos y actividades económicas ilícitas, que constituye el mayor ataque al sistema económico del país, por su poder corruptor en todas las esferas de la sociedad. El principio de licitud que se desprende de la ley de pérdida de dominio, resulta ser reducido y parcializado, la misma que en base a las fuentes doctrinarias y filosóficas puede ser ampliado para comprender con mayor amplitud los alcances que debe tener dicha figura legal. Igualmente estas fuentes filosóficas, pueden permitir ampliar los horizontes sobre la finalidad de aquella ley, siempre con el propósito de fortalecer un marco normativo eficaz y coherente dentro del sistema jurídico.

La utilidad versa en que con el presente trabajo de investigación se pretende viabilizar la extensión de la aplicación del proceso de pérdida de dominio para privar del patrimonio criminal a los agentes de todo tipo de delitos. Además consolidar el mensaje fundamental de que la propiedad o posesión sobre los bienes, merece protección del Estado sólo cuando proviene de fuente lícita y guarde armonía con el bien común, en donde la riqueza sea producto de un trabajo honesto y del ejercicio de actividades económicas acorde con la

constitución y las leyes. Para dicho cometido nos sirven de insumo las fuentes filosóficas y doctrinarias precitadas, como base y fundamento de todo ordenamiento jurídico, lo que justifica plenamente.

1.6. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. HIPÓTESIS GENERAL

“La figura legal de la pérdida de dominio, **aplicable** actualmente a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias, vinculados a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado; es posible **extender** su aplicación a todo tipo de delitos, **acudiendo** a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, de este modo generar mayor eficacia y funcionalidad y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico del país”.

1.6.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

He1: La aplicación de la figura legal de Pérdida de Dominio regulado por el Decreto Legislativo N° 1104, en su aplicación se encuentra limitado para privar de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias a los agentes que incurran en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias,

enriquecimiento ilícito, delitos ambientales y minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado, lo que contradice no sólo los fundamentos expuestos en la parte expositiva, sino a los propósitos de la misma ley.

He2: La Pérdida de Dominio tiene por finalidad combatir la criminalidad organizada, basado principalmente en el principio de licitud. Al respecto las fuentes filosóficas y doctrinarias aportan otros fines que apoyan a esta figura legal.

He3: Los postulados fundamentales del iusnaturalismo y del liberalismo, así como los fundamentos doctrinarios del principio de licitud y función social de la propiedad, permiten sostener que el patrimonio de toda persona debe ser producto de un trabajo honesto y en armonía con el bien común.

He4: La pérdida de dominio, en perspectiva acudiendo a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, puede extenderse en su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos, para generar mayor eficacia y funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico del país.

1.6.3. UNIDADES, EJES Y SUB EJES DE ESTUDIO

UNIDADES DE INVESTIG	EJES	SUB EJES
<p>1. TEMA:</p> <p>PÉRDIDA DE DOMINIO D. LEG. 1104</p>	<p>2.1 Alcances, limitaciones y fines</p> <p>2.2 Características de la acción de pérdida de dominio</p> <p>2.3 La propiedad</p>	<p>2.1.1 Definición 2.1.2 Marco normativo 2.1.3 Naturaleza jurídica 2.1.4 Fundamentos y fines 2.1.5 Bienes sobre los que recae 2.1.6 Patrimonio criminal 2.1.7 Figuras afines</p> <p>2.2.1 Real 2.2.2 Independiente 2.2.3 Autónoma 2.2.4 Complementaria 2.2.5 Prescriptible</p> <p>2.3.1 Definición y fundamentos 2.3.2 Atributos de la propiedad 2.3.3 Limitaciones a la propiedad 2.3.4 Contenido social de la propiedad 2.3.5 Ejercicio en armonía con el bien común</p>
<p>2. FUENTES:</p> <p>FILOSOFICAS Y DOCTRINARIAS</p>	<p>1.1 Fuentes filosóficas</p> <p>1.2 Fuentes doctrinarias</p>	<p>1.1.1 Ius naturalismo 1.1.2 Liberalismo</p> <p>1.2.1 Principio de licitud 1.2.2 Teoría de la función social de la propiedad</p>
<p>3. PERSPECTIVA:</p> <p>Posibilidad de extensión de la ley basado en las fuentes filosóficas y doctrinarias</p>	<p>3.1 Fuentes filosóficas como sustento válido</p> <p>3.2 Fuentes doctrinarias como sustento corroborante</p>	<p>3.1.1 Aportes del iusnaturalismo 3.1.2 Aportes del liberalismo</p> <p>3.2.1 Fundamentos del principio de licitud 3.2.2 Fundamentos de la función social de la propiedad</p>

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN Y LEGISLACIÓN

2.1.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN A NIVEL NACIONAL

Sobre la pérdida de dominio, por su carácter de reciente regulación e introducción en el sistema jurídico peruano, no existen trabajos de investigación; sin embargo se ha podido encontrar estudios preliminares siguientes:

1.- Título del artículo: LA PÉRDIDA DE DOMINIO EN EL DERECHO PERUANO, del autor Constante Carlos AVALOS RODRÍGUEZ. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 168. Noviembre 2007 Págs.213-18, con el siguiente contenido:

I.- Marco normativo. II.- Definición. III.- ¿sobre qué bienes puede recaer la pérdida de dominio? IV.- ¿inversión de la carga de la prueba? V.- Necesidad política criminal.

En este trabajo el autor hace un breve análisis del proceso de pérdida de dominio y las implicancias de su introducción en la escena jurídica nacional.

2.- Título del artículo: PÉRDIDA DE DOMINIO Y DERECHO PENAL LIBERAL, del autor Alcides CHINCHAY CASTILLO. En Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica. Tomo 168. Noviembre 2007 Págs.18-22, con el siguiente contenido: I.- Introducción. II.- Primera aproximación. III.- Segunda aproximación.

En este artículo el autor efectúa un interesante análisis del proceso de pérdida de dominio, afirma su contradicción respecto al marco de libre determinación de los ciudadanos, sostiene que mediante esta norma el Poder Ejecutivo ha evidenciado poseer una filosofía política que no guarda armonía con el modelo político-ideológico del ordenamiento constitucional, en la medida de que ya no se trata de que el Estado justifique los motivos de invasión del entorno de los particulares, sino que ahora son estos quienes tienen que impedir su intervención.

2.1.2. ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL

Se ha encontrado en Colombia el siguiente trabajo de investigación:

1.- **TRILLERAS MATOMA, ALFONSO.** Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA MAESTRIA EN DERECHO BOGOTA D.C.2009.TITULO: LA ACCION DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: AUTONOMÍA Y UNIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. Con este trabajo ha formulado una PROPUESTA DE MODELO DE PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. El trabajo comprende el análisis de determinadas categorías de la ley de extinción de dominio, para establecer la racionalidad en la aplicación de la ley, y propone modificaciones a la Ley 793 de 2002, a partir de la adecuación de los preceptos legales, expresiones que contribuyan a darle coherencia y consistencia como

unidad normativa jurídica procesal, en la construcción de un proceso autónomo en el ámbito de las demás acciones públicas constitucionales consagradas por el constituyente de 1991 (Disponible en: <file:///C:/Users/dXTO/Desktop/Extinci%C3%B3n%20de%20dominio-trabajo-colombia.pdf>.)

2.2. MARCOTEORICO REFERENCIAL

2.2.1 PÉRDIDA DE DOMINIO.- La presente investigación se ha desarrollado tomando como referentes teóricos las categorías jurídicas propias de pérdida de dominio que según CÁCERES JULCA (2008) surge como un mecanismo que decreta la extinción de la propiedad o posesión por haber sido adquirido por medios que el Estado juzga fuera de los límites permitidos por la Ley, de este modo el legislador busca desestimular la adquisición de patrimonios que no se ejerzan en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. El Decreto Legislativo No 1104 en su artículo 2°, conceptúa que la pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.

2.2.2. FUENTES FILOSOFICAS.- Se ha tomado en cuenta las fuentes filosóficas y doctrinarias que permiten formular argumentos razonables para sostener la posibilidad de extender la aplicación de la figura legal de pérdida de dominio al patrimonio criminal de todo tipo de delitos. En las fuentes filosóficas

se ha desarrollado el iusnaturalismo y liberalismo, mientras que en las fuentes doctrinarias el principio de licitud y la función social de la propiedad.

TORRES (2006), afirma que “en derecho la palabra fuente es utilizada con un sentido metafórico, para indicar el principio, fundamento u origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad y época. Así, podemos decir en los sistemas jurídicos codificados el derecho brota, en primer lugar, de la ley, mientras que en los sistemas jurídicos que se adhieren al Common Law el derecho surge del precedente judicial”. Son fuentes del derecho: la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

La Ley es entendida en su sentido amplio como norma jurídica de origen estatal. **La jurisprudencia** se puede definir como el conjunto de fallos, decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, emitidas en ocasiones de los juicios sometidos a su resolución, los cuales aún no teniendo fuerza obligatoria, se imponen por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emanen. Es un conjunto reiterado de criterios establecidos por los tribunales y en especial por la máxima instancia judicial del país. **La doctrina** es el conjunto de estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente especulativo de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación o para criticarlo y proponer nuevas normas en una labor de política legislativa. Es el conjunto de las opiniones de los jurisconsultos o estudiosos del derecho.

2.2.3. EL IUSNATURALISMO.-Es la primera corriente filosófica del Derecho, que surgió en Grecia, en el siglo V ADC, y se mantuvo hegemónico hasta

principios del siglo XIX. MAX MOLLER, citando a Fassó, define al iusnaturalismo como “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (derecho positivo)”, y que “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo” (Disponible en: <http://dspace.ubu.es>). Se ha tomado como principales representantes del iusnaturalismo a los siguientes: **THOMAS HOBBS** para quien las leyes de la naturaleza significaban un conjunto de normas con arreglo a las cuales un ser idealmente razonable buscaría su propia ventaja en el caso de tener conciencia plena de todas las circunstancias en que actuaba y de no estar afectado por el impulso momentáneo ni por ninguna clase de prejuicios. (El iusnaturalismo. Disponible en: <http://html.rincondelvago.com>, consultado el 28-05-2010). **JEAN JACQUES ROUSSEAU** argumenta que el hombre natural era un animal que observaba una conducta puramente instintiva; todo pensamiento, cualquiera que sea, es “depravado”. El hombre natural no era moral ni vicioso. No era desgraciado, pero tampoco feliz. Sin duda no tenía propiedad. El egoísmo, el gusto, la consideración por la opinión de los demás, las artes, la guerra, la esclavitud, el vicio, el afecto conyugal y paternal, no existen en los hombres sino en cuanto estos seres sociables conviven en grupos mayores o menores. La tendencia a constituir sociedades es un rasgo universal; dondequiera que los individuos tienen un interés común, constituyen una sociedad, permanente o transitoria, y toda sociedad tiene una voluntad general que regula la conducta de sus miembros. (Disponible en: <http://html.rincondelvago.com>). **JOHN LOCKE** llamado el padre de la moderna democracia por su lucha a favor de un Estado democrático. Locke rechaza la doctrina del absolutismo y del derecho divino de los reyes, pues para él todos

los hombres son libres e iguales por naturaleza; además piensa que los individuos poseen algunos derechos, entre ellos el de la propiedad, cuyo fundamento es el trabajo (Disponible en: <http://html.rincondelvago.com>).

2.2.4. EL LIBERALISMO.- Para Curay Rosales, es una doctrina económica, política y hasta filosófica; esto es **una teoría sobre cómo funciona la sociedad** y, en consecuencia, un planteamiento de las cosas que se deben hacer para su mejor desenvolvimiento. Busca "el mayor bienestar del mayor número". El Liberalismo implica que el hombre como ser racional, sea quien decida, cómo pensar y de qué manera debe actuar; en sí, tener libertad de pensamiento; libertad de tránsito; libertad de educación; libertad de culto y libertad de escoger a sus gobernantes (Curay Rosales y Wilmer Alexander. Disponible en: <http://www.monografias.com>).

Sus principales características del liberalismo son: El Individualismo, que aparece en el nominalismo y en la reforma protestante con su famoso "libre examen" que luego será la "libertad de conciencia". El Autonomismo moral, se relativiza la ética y se subjetiviza el juicio moral. El valor absoluto deja de ser el Ser (la Verdad) para pasar a la Libertad. La bondad natural del hombre, el liberalismo postulará con Rousseau la teoría del "buen salvaje" y extrapolará el mal de la sociedad. El racionalismo laicista, la verdadera fuente de luz y progreso será la razón y no la fe.

2.2.5. FUENTES DOCTRINARIAS.- Cabanellas (2003:301) define a la doctrina como "enseñanza para instruir. Sabiduría ciencia, conocimiento. Opinión de uno o más autores en una materia o acerca de un punto. Teoría sustentada por

varios tratadistas respecto de importantes cuestiones de derecho". GÁLVEZ Y GUERRERO (2009:206), señalan que la doctrina nace y se desarrolla bajo el influjo de la jurisprudencia y la propia legislación, la que inclusive puede realizar adaptaciones o modificaciones normativas a partir de propuestas doctrinarias de **legeferenda**.

2.2.6. PRINCIPIO DE LICITUD.- Cabanellas (2003:202) define la licitud como: justo, legal, jurídico, permitido y razonable, según justicia, conforme a la razón, de la calidad mandada, moral. Lícito es cuando no se encuentra prohibido por la ley, todo lo autorizado o consentido, expresa o tácitamente, en virtud de ley o por el silencio de la misma, no todo lo lícito es honesto, porque cosas permitidas por ley están vedadas por la moral. Torres Vásquez (2006:259), señala que es lícito cuando es conforme con el ordenamiento jurídico, es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (acto desaprobado por la moral predominante en la comunidad).

2.2.7. TEORÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.- Gonzáles Barrón (2005:527), señala que "la teoría -de la función social- busca subrayar el aspecto social del hombre por encima del egoísmo abusivo e inhumano", agrega además, "en tal sentido, el propietario empieza a sufrir crecientes límites en el ejercicio de su derecho (función social-límite), y de allí prontamente se pasa a imponer obligaciones en el propietario, las cuales compelen a ejercer su derecho de la forma más conveniente al interés social de la colectividad (función social-impulsiva)". María Ramírez (2005:72. t. II), citando a Novoa Monreal, señala que la función social es una fórmula de

armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común. En consecuencia, la función social puede limitar la propiedad, pero también puede determinarla activamente.

2.2.8. LA PROPIEDAD.- Asimismo se desarrolla las categorías del derecho de propiedad. Manuel Albaladejo (1994:247. t. III), señala que “la palabra propiedad, se emplea en dos sentidos, uno impropio y otro riguroso. En el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Así, al decir, por ejemplo, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la propiedad privada, o que existen delitos contra la propiedad, se expresa que están acogidos o protegidos. En el segundo, significa uno de los derechos patrimoniales sobre los bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. María Ramírez (2007:93, t. II), señala que “en su acepción restringida o técnica, propiedad viene a ser un derecho real que puede ser entendido de dos maneras: por un lado, recae sobre todo tipo de bienes, así los materiales como los inmateriales. Y, por otra parte -y aquí se diferencia nítidamente de los otros derechos reales-, confiere a su titular un goce o señorío pleno sobre los bienes”. Para Luis Díez Picazo y Antonio Gullón (2002:140. t, III), la propiedad viene a ser “el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa”.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0005-2006-PI/TC, define que el derecho de propiedad 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 sus productos, y darle destino y 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 (resaltado nuestro); e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno". (Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>).

2.3. GLOSARIO DE TÉRMINOS

DOMINIO.- Debe ser entendido como propiedad o posesión de una cosa corpórea o de bienes inmateriales. Según el artículo 669° del Código Civil colombiana, el "dominio es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno".

PRESUNCION DE LICITUD.- Se manifiesta a través del principio de buena fe que se aplica al derecho en general como un concepto aglutinante, para hablar indistintamente de probidad, lealtad y buena fe. Asimismo la buena fe es la conciencia de haber adquirido la propiedad o la posesión del bien mueble o inmueble por medios legitimados por ley civil, exentos de cualquier vicio o fraude en la ley (Cáceres, 2008).

LIBERALISMO.- La palabra liberalismo es multívoca y encubre una serie de contenidos de carácter político, filosófico, social y económico. En el presente caso, se usa como una doctrina filosófica, que se basa exclusivamente en la fuerza de la razón la posibilidad de interpretar los fenómenos. Cuyas características principales entre otros son: la libertad como un derecho inviolable, el derecho a la propiedad privada como fuente de desarrollo e iniciativa individual, y como derecho inalterable debe ser salvaguardada y protegida por la ley.

IUSNATURALISMO.- El iusnaturalismo (del latín ius, “derecho”, y natura, “naturaleza”) es una corriente de la filosofía del Derecho que afirma que al menos una parte de las normas convencionales del Derecho y la moral están asentadas en principios universales e inmutables; este conjunto de normas conforman el derecho natural. El origen de los principios del derecho natural, dependiendo del autor, es dado por Dios, la Naturaleza o la Razón (Castro Lara, 2010).

DERECHO NATURAL.-El “derecho natural” (iusnaturale), es definido como “un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)”, y que “tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo” (Moller, 2007:18). Son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana. Son universales, inalienables e imprescriptibles.

BIEN COMUN.- El bien común es el fin abstracto que toda legislación busca alcanzar, en el pasado, presente y futuro.

INTERES SOCIAL.- El interés social está referido a los fines concretos.

PATRIMONIO CRIMINAL.- El patrimonio criminal está constituido por efectos, ganancias e instrumentos del delito.

LOS PRINCIPIOS.- Un principio se define como un axioma que refleja una valoración de justicia y base de las normas jurídicas en una sociedad, es la base de toda garantía. Los principios se asocian con una aplicación argumentativa, teleológica, creadora y evolutiva. Son mandatos de optimización; ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas y tomando en cuenta los principios opuestos; estos son susceptibles de ponderación.

LAS REGLAS.- Las reglas son entendidas como directrices precisas cuya aplicación es formal, lógica, mecánica, literal y restrictiva. Tienen el carácter de mandatos definitivos. Contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho.

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA
ESTRATEGIA METODOLÓGICA DE INVESTIGACIÓN Y TÉCNICAS DE
ACOPIO DE LA INFORMACIÓN

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN: El tipo de investigación, por su **PROPÓSITO** es de carácter **TEÓRICA**. Porque se pretende incrementar conocimientos teóricos respecto a la acción de pérdida de dominio, a partir de la revisión y análisis crítico de las fuentes filosóficas y doctrinarias que sustentan para extender su aplicación a todos los bienes provenientes de hechos o actividades ilícitas, y no únicamente a los delitos señalados en el Decreto Legislativo No 1104; a fin de generar mayor funcionalidad de esta figura legal orientado a lograr la prosperidad y desarrollo de un orden social más justo y equitativo.

Desde el punto de vista **de la NATURALEZA**, es una investigación de **CONTENIDO**, no experimental, porque pertenece a la investigación **cualitativa**, concretamente al enfoque **interpretativo**, por eso se le denomina investigación de contenido, al que en el campo de la investigación jurídica, según Gabriel Álvarez (2003), se le denomina investigación jurídico-dogmática,

que requiere un proceso de búsqueda de información en fuentes escritas como libros, revistas especializadas, leyes, doctrinas, principios, etc. Según Gonzalo Ríos (1995) es recomendable para las disciplinas que comprenden el área de ciencias sociales como la educación, sociología, **derecho**, antropología, psicología, administración y otros. En este caso, se ha realizado una investigación interpretativa a través de un proceso de búsqueda de información respecto a la **dificultad temática** (Ley de Pérdida de Dominio) en fuentes bibliográficas, con el propósito de desarrollar y presentar los argumentos filosóficos y doctrinarios sólidos y coherentes que permita sostener la extensión de la figura legal de pérdida de dominio al patrimonio criminal de todo tipo de delitos, para lo cual se revisó la información contenida en tratados, revistas, artículos jurídicos, páginas webs y otras fuentes bibliográficas.

3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En el presente caso, tratándose de una investigación de contenido que pertenece a la investigación **cualitativa**, concretamente al enfoque **interpretativo**. El diseño de investigación se inscribe dentro del modelo de la investigación JURÍDICO-DOGMÁTICA. El modelo se expresa en el siguiente esquema:

Figura N° 01



Dónde:

F: Constituyen las fuentes filosóficas: el iusnaturalismo y el liberalismo; y, las fuentes doctrinarias: la licitud y la función social de la propiedad.

T: Es el tema o dificultad temática: Pérdida de dominio regulado por el Decreto Legislativo No 1104, que derogó el Decreto Legislativo No 992 modificado por Ley 29212.

P: Perspectiva de la figura legal de pérdida de dominio atendiendo a sus fuentes filosóficas y doctrinarias.

3.2. OBJETO DE INVESTIGACIÓN:

El objeto de investigación es la figura legal de **pérdida de dominio**, regulado por el Decreto Legislativo No 1104, para generar mayor funcionalidad de esta institución dentro del ordenamiento jurídico nacional, como dificultad temática.

3.3. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. MÉTODOS

En el presente trabajo, se ha utilizado los métodos de Análisis y Síntesis, así como el método deductivo en el desarrollo de la información filosófica y doctrinaria. En el estudio e interpretación de las categorías de pérdida de dominio y el derecho de propiedad, se ha empleado los métodos: dogmático, exegético y la hermenéutica jurídica; también hemos recurrido a la argumentación lógico-jurídica y la asunción críticas de los criterios de auctoritas y nuestros propios criterios dogmáticos y de toma de posición doctrinaria para

validar las conclusiones del presente trabajo de investigación, los cuales se corresponden con las hipótesis de investigación formuladas.

3.3.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

a) TÉCNICAS

Se ha utilizado la siguiente técnica:

-Técnica de análisis de contenido.- En los tipos de investigación dogmático-jurídica, para recabar la información pertinente, la técnica idónea es el análisis de contenido, así para determinar las fuentes filosóficas y doctrinarias que permitan sustentar en forma sólida y coherente para extender la aplicación de la figura legal de pérdida de dominio al patrimonio criminal de topo tipo de delitos, la información está contenida en tratados, revistas, artículos jurídicos, páginas webs y otras fuentes bibliográficas, por lo que no podríamos utilizar válidamente la técnica de investigación documental como sería para averiguar en documentos el grado académico de los docentes, tampoco la técnica de la entrevista o cuestionario que sirven para averiguar sobre opiniones de los expertos.

b) INSTRUMENTOS

Hemos empleado los siguientes instrumentos:

-Guía o ficha de análisis de contenido.-Para recabar la información obtenida de las diversas fuentes bibliográficas consultadas y para luego analizar, procesar e interpretar en las investigaciones dogmático-jurídicas, a la técnica

de análisis de contenido, le corresponde el instrumento denominado guía o ficha de análisis de contenido.

- **Fichaje de información doctrinaria.** Adicionalmente se ha utilizado para recabar la información bibliográfica y de información informática contenido en la red, la ficha bibliográfica, precisando que en la mayor parte se ha utilizado una computadora portátil para ingresar directamente la información al esquema del proyecto de tesis contenido en el soporte informático.

3.4. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Para el recojo de datos se ha seguido el siguiente procedimiento:

Primero.- Se identificó el material bibliográfico, hemerográfico, webgráfico y tesis, para seleccionar aquellos documentos que sirvan como fuente de datos.

Segundo.- Se analizó e interpretó los contenidos del material seleccionado aplicándose la técnica de fichaje y considerando la dificultad temática, los objetivos y las hipótesis formulados en el proyecto.

Tercero.- Se ordenaron y clasificaron los datos recogidos de acuerdo a los objetivos de la investigación preestablecidos.

3.5. PLAN DE PROCESAMIENTO DE DATOS

El plan de procesamiento de datos, es el siguiente:

Primero.- Se determinó los criterios según los ejes y sub ejes, bajo los cuales se analizaron e interpretaron los datos, considerando la dificultad temática y los objetivos formulados.

Segundo.- Se empezó con el estudio e interpretación de la naturaleza jurídica, características, alcances y limitaciones de la acción de pérdida de dominio regulado por el Decreto Legislativo No 1104, que derogó al Decreto Legislativo No 992, modificado por Ley 29212, así como el derecho de propiedad regulado en el Código Civil, utilizando el método dogmático y exegético, tomando en cuenta el sistema de variables establecido.

Tercero.- Seguidamente se procedió con el desarrollo de las fuentes filosóficas y doctrinarias empleando el método de análisis y síntesis, así como el método deductivo, a partir de las categorías conceptuales identificadas en base a las fichas de análisis de contenido que se disponen, tomando en cuenta el sistema de variables que corresponden, así como los criterios determinados.

Cuarto.- Luego se procedió al análisis, interpretación y contrastación que la figura legal de pérdida de dominio, en perspectiva, acudiendo a sus fuentes filosóficas y doctrinarias, puede extenderse su aplicación a los objetos, instrumentos, ganancias y efectos provenientes de actividades ilícitas, relacionados con todo tipo de delitos, considerando las categorías conceptuales identificadas durante la investigación.

Quinto.- Se concluyó con la articulación de las tres unidades establecidas, considerando sus fuentes y perspectivas, su relación estructural y sistemática en torno al punto de referencia (dificultad temática) que es la figura legal de pérdida de dominio, que están contenidos en las conclusiones.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIONES

DESARROLLO DE LAS FUENTES E INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO

1. FUENTES FILOSÓFICAS

1.1. EL IUSNATURALISMO

1.1.1. CONCEPTO

La voz iusnaturalismo se sustantiviza en la afirmación de la idea del iusnaturae, expresión usada por vez primera por los juristas romanos, pero recogiendo una tradición intelectual que proviene de la filosofía helénica (singularmente Sócrates, Platón y Aristóteles, con su distinción del nomoidikaion, lo justo legal, y el fyseídikaion, lo justo por naturaleza) y, concretamente, de la filosofía estoica. Ulpiano habla de un iusnaturale que es “quod natura omnia animaba docuit”...”. (Legaz y Lacambra. Iusnaturalismo. Disponible en: <http://www.mercaba.org> consultado el 30-05-2010).

Möller (2007:18), sostiene que en el iusnaturalismo, el elemento de referencia, es el derecho natural. Este derecho natural (iusnaturale), es definido por FASSÓ como un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (Derecho positivo)”. La

existencia de esta ley superior que limita la posibilidad de creación del derecho por los hombres y que se confunde con criterios éticos y de valor, constituye la antítesis a su doctrina opuesta, llamada "positivismo jurídico", según la cual el único Derecho es el que establece el Estado y cuya validez es independiente de cualquiera de sus referencias a valores éticos.

1.1.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El iusnaturalismo a través de la historia ha presentado tres tendencias (Castro, 2010): **a) Iusnaturalismo cosmológico.-** Su teoría es que el mundo está regido por una ley superior, al Derecho Positivo, tal orden que se identifica con el que impera en el cosmos que hace que el mundo esté sujeto a una armonía y no a un caos. Sus representantes son: **Heráclito de Efeso**, quien cree encontrar la explicación del mundo en un permanente fluir, un movimiento constante que afecta todo, pese a que a veces, los sentidos nos ofrezcan engañosamente la imagen de cosas inmóviles. **Anaximandro**, tiene una concepción cosmológica de la justicia. La justicia cósmica gobierna el mundo, y hace que las partes se correspondan unas a otras produciendo la armonía. **b) Iusnaturalismo teológico.-** Para los teológicos, los principios del derecho natural se encuentran en la voluntad y sabiduría de Dios. Dentro de esta corriente encontramos dos corrientes: **1) Iusnaturalismo teológico voluntarista**, en donde los principios morales derivan de la voluntad divina, su principal representante fue Guillermo de Occam; y, **2) Iusnaturalismo teológico intelectual**, se basa principalmente en el pensamiento tomista de Santo Tomás de Aquino, para quien son de igual importancia la fe y la razón. Sostienen la existencia de tres tipos de ley: **i) Ley eterna**, producto de la sabiduría divina; **ii) Ley natural**, principios que los hombres

descubren a través del razonamiento; y, **iii) Ley humana**, son leyes dictadas por los hombres para regir la sociedad, fruto de la razón. **c) Iusnaturalismo moderno o racionalista.**- Después del abandono del oscurantismo propio de la Edad Media, influido por los cambios políticos producto de los descubrimientos y conquistas de nuevos territorios, y por la necesidad de inventos que hicieran más fácil todos los procesos, hicieron centrar al hombre en el hombre mismo, haciéndose dueño y señor del universo, así las reflexiones teológicas pasan a un segundo plano, razón por la cual, la filosofía se fue convirtiendo en un culto a la razón humana, a través del racionalismo propio de la Edad Moderna, que tiene sus inicios con la aparición del Renacimiento, con acontecimientos concretos como el descubrimiento de América en 1492, hasta la Revolución Francesa de 1789, luego dar inicio a la Edad Contemporánea. Los pensadores más importantes del iusnaturalismo racionalista son: Hobbes, Locke, Spinoza, Marx y Voltaire, entre otros, que tienen en común en la siguiente: **Tesis negativa:** que a la hora de buscar los principios del derecho natural no hay nada que trascienda (vaya más allá) de la razón humana. **Tesis contractualismo:** los principios del derecho natural son fruto de un pacto entre individuos racionales, autónomos y auto interesados, libres e iguales.

El iusnaturalismo racionalista se funda en el enfoque filosófico racionalista creado por Descartes, que plantea que la razón humana es el criterio supremo de la verdad; la razón humana reemplaza a la razón divina como origen de la ley y el derecho; los iusracionalistas dicen la naturaleza del hombre, iluminado por la recta razón, genera reglas universales de conducta. (Ñaupas. Disponible en: <http://hnaupas.perublog.net>, consultado el 28-05-2010). ENCINAS señala que la filosofía racionalista dominó Europa a partir del Renacimiento.

Santiago NINO (2003:16) sostiene que el iusnaturalismo racionalista se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada "dogmática jurídica", que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

1.1.3. REPRESENTANTES DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Los principales representantes del iusnaturalismo racionalista son (Encinas. Disponible en: <http://iusnaturalismo.galeon.com>, el 30-05-2010): a) **HUGO GROCIO**. Es un jurista interesado por la praxis. Equipara el Derecho natural con la Naturaleza racional y con lo social. Para Grocio el hombre es sociable y racional, por ende las reglas de la vida que son razonables son favorables a la vida en sociedad (Du Pasquier, 1944:263). b) **PUFFENDORF**. Es el instaurador definitivo del racionalismo en el Derecho. Sostiene que el hombre posee dos condiciones naturales: la imbecillitas (inseguridad, desamparo; estado de naturaleza) y la socialitas (status civilis, o para el status adventilius). (Encinas: disponible en: <http://iusnaturalismo.galeon.com>, consultado el 30-05-2010). c) **TOMASIO**. Discípulo del anterior. Para él el motor de la unión social es la búsqueda de la felicidad. Existen tres órdenes reguladores: la ética, los usos sociales y la jurisprudencia (lo cual supone, también, separación entre moral y Derecho). d) **WOLF**. Es conciliador y racionalista. e) **MANUEL KANT**. La moral y el derecho, tienen un fundamento común, que es la razón práctica, que surge del sentimiento y de la voluntad. Se le considera como iusnaturalista, porque

sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. (El iusnaturalismo Racionalista de Kant. Disponible en:

<http://www.monografias.com/trabajos/biokant/biokant.shtml>). **f) THOMAS**

HOBBS. Sostiene que las leyes de la naturaleza significaban en realidad un conjunto de normas con arreglo a las cuales un ser idealmente razonable buscaría su propia ventaja en el caso de tener conciencia plena de todas las circunstancias en que actuaba y de no estar afectado por el impulso momentáneo ni por ninguna clase de prejuicios. (Disponible en:

<http://html.rincondelvago.com>, consultado el 28-05-2010). **g) JEAN JACQUES**

ROUSSEAU. Para Rousseau, el hombre natural era un animal que observaba una conducta puramente instintiva; todo pensamiento, cualquiera que sea, es "depravado". El hombre natural carecía enteramente de lenguaje, y sin lenguaje es imposible toda idea general. En consecuencia, el hombre natural no era moral ni vicioso. No era desgraciado, pero tampoco feliz. El egoísmo, el gusto, la consideración por la opinión de los demás, las artes, la guerra, la esclavitud, el vicio, el afecto conyugal y paternal, no existen en los hombres sino en cuanto estos seres sociables conviven en grupos mayores o menores. La tendencia a constituir sociedades es un rasgo universal. Las sociedades mayores no están directamente compuestas de individuos, sino de sociedades más pequeñas, y cada sociedad mayor establece los deberes de las menores que la componen. De este modo Rousseau deja en pie "la gran sociedad", de la especie humana, cuya voluntad general es el derecho natural, pero como sociedad y no como especie. (El iusnaturalismo. Disponible en: <http://html.rincondelvago.com>, visto el 28-05-2010). **h) JOHN LOCKE**. A Locke se le ha llamado el padre de la

moderna democracia por su lucha a favor de un Estado democrático. Rechaza la doctrina del absolutismo y del derecho divino de los reyes, pues para él todos los hombres son libres e iguales por naturaleza. Según Locke, todo hombre posee el derecho natural a la propiedad, cuyo fundamento es el trabajo. (Disponible en: <http://html.rincondelvago.com>, visto el 28-05-2010).

1.1.4. REPRESENTANTES DEL IUSNATURALISMO TRADICIONAL

JOHN FINNIS

John Finnis es uno de los representantes del iusnaturalismo tradicional y teológico. BONORINO Y PEÑA (2006:26-28), señalan que JOHN FINNIS, toma como fuente primaria de inspiración la obra de Tomás de Aquino. Señala que el derecho natural es el conjunto de principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Estos principios derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Estos bienes constituyen valores objetivos, porque cualquier persona razonable debería reconocerles ese carácter. Los sistemas jurídicos cumplen la importante función de crear las condiciones para que los hombres puedan perseguir esos bienes básicos. Finnis establece siete bienes básicos que son buenas cosas para la existencia humana, los siguientes: 1) la vida; 2) el conocimiento; 3) el juego; 4) la experiencia estética; 5) la sociabilidad o amistad; 6) la razonabilidad práctica; y, 7) la religión. De estos bienes básicos el más importante para los fines de este trabajo es la sexta. **La razonabilidad práctica**, es la concepción más importante de Finnis, constituye un bien básico (es valiosa en sí misma) y también en el proceso de razonamiento que distingue el pensamiento correcto del incorrecto (medio para tomar decisiones morales). El concepto de razonabilidad práctica es usado en

dos sentidos: como un fin en sí mismo, en cuanto que es un bien básico, y como un medio para lograr ciertos fines. En cuanto a la relación del derecho natural y la ley humana, Finnis sostiene que el derecho positivo debe ser la aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica universalmente válidas. Las leyes humanas para ser correctas deben seguir el camino de la razonabilidad práctica.

Cualquier teoría jurídica con pretensiones de acierto, debe basarse en la ley natural, que es una especie de denominador común mínimo e indispensable (PARMA, Carlos. Derecho Natural. Nociones Fundamentales y Desarrollo Histórico. Disponible en: <http://www.carlosparma.com>).

Santiago LEGARRE sostiene que el iusnaturalismo tiene dos significados: positivista y normativista. El iusnaturalismo positivista estudia al derecho en el contexto de la ética y desde la perspectiva del moralista, que está interesado en virtudes. El iusnaturalismo normativista centra su análisis en las normas, no debiendo perderse de vista, como no lo pierde Finnis, que esas normas son para el bien común y para (el bien de) las personas a las que regula. En esta vertiente de iusnaturalismo la palabra "derecho" en nuestros días, ya no es el que tenía en tiempos de Aristóteles y Tomás de Aquino. Se llama derecho a las normas justas. El iusnaturalismo normativista de Finnis, pone la lupa sobre los sistemas normativos y sus preocupaciones pasan por desentrañar el recto sentido de ciertas nociones claves para esos sistemas, como las de autoridad, obligación, derecho subjetivo y, también, justicia, le interesa también averiguar cuáles son las conexiones de las normas positivas con las normas morales naturales, comprender la relación entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica (Legarre. Disponible en: <http://www.umsa.bioetica.org/doctorado/legarre.pdf>).

1.1.5. REPRESENTANTES DEL IUSNATURALISMO MODERNO

Los principales representantes del iusnaturalismo moderno, podemos citar a Ronald Dworkin, Friedrich Hayek, John Rawls, Hans Welzel, entre otros.

a) RONALD DWORKIN².- Bonorino y Peña (2006:50-55), señalan que Dworkin construyó su propuesta filosófica a partir de las críticas que formuló al positivismo jurídico, y en especial, a la teoría de Hart. En uno de sus artículos más famosos, "El modelo de reglas" publicado en 1967, sostuvo que un sistema jurídico no puede ser entendido adecuadamente si se lo ve sólo como un conjunto de reglas. Además de las reglas, el derecho está formado por "principios". Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales que poseen un fundamento en actos de autoridades oficiales del pasado (como textos jurídicos o decisiones judiciales). Según Dworkin, existen dos formas de entender los principios jurídicos:

- 1) Considerar que forman parte del derecho al igual que las reglas, y que obligan de la misma manera que éstas, o bien
- 2) Negar que los principios obliguen de la misma forma que las reglas, considerando que existen más allá (o sobre) el derecho.

Para Dworkin las reglas y principios no son el derecho mismo, sino que son los materiales que los juristas deben utilizar para resolver los casos difíciles.

En la teoría normativa que Dworkin defiende, señala que el principio legislativo de integridad exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto

²Ronald Dworkin (1931) sucedió en 1969 a Hart en su cátedra de teoría jurídica en Oxford. Sus obras más importantes son *Los derechos en serio* (1984) y *El imperio de la justicia* (1988). Sobre sus ideas ver Bonorino 2000, Carrió 1990: 320-371, Nino 1995: 145-174.

total del derecho, en cada acto de aplicación, un conjunto moralmente coherente (Dworkin 1988:217)³.

b) FRIEDRICH HAYEK.- Sostiene que el grado de evolución social y política actual es resultado de un “orden espontáneo” que surge del sometimiento a unas leyes naturales; leyes que a su vez garantizan un régimen de libertades de las que las demás importantes son el respecto a la propiedad privada y a la relación contractual. En el ámbito económico, este orden espontáneo se deriva de la concurrencia de individuos desiguales en condiciones desiguales al mercado, y no es moralmente justo ni injusto, pero debe aceptarse porque obedece a un mecanismo imparcial (Rafa Sanz: recuperado de [http//es.wikipedia.org](http://es.wikipedia.org)).

c) JOHN RAWLS.- Define que los derechos naturales como aquellos que dependen sólo de ciertos atributos naturales que pueden conocer la razón natural a través del sentido común (Rafa Sanz: recuperado de [http//es.wikipedia.org](http://es.wikipedia.org)).

d) HANS WELZEL.- Filósofo Alemán, sostiene que el derecho no se puede confundir con el poder, no se identifica simplemente con el mandato de un poder existente. El Derecho debe ser más que un poder, esto es, ha de buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico determinado. Asimismo señala que la autonomía ética del ser humano es el principal límite de cualquier construcción jurídica (Velásquez, disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/pdf>).

³ Citado por Bonorino y Peña en Filosofía del Derecho Segunda Edición, Consejo Superior de Judicatura de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006. Disponible en: <http://200.74.133.179/csj/downloads/UserFiles/File/CALDAS/INFORMES%20CSJ/GESTION%20DE%20LA%20FORMACION%20JUDICIAL/Filosofia%20del%20Derecho.pdf>

e) **ROBERT ALEXY.**- Sostiene que existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral. En los procesos de creación y de aplicación del Derecho, los participantes deben tener una pretensión de corrección moral ((Melo y Tugnoli, 2007:2).

f) **JÜRGEN HABERMAS.**- La autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión absoluta entre derecho y moral: el derecho al positivarse no rompe sus relaciones internas con la moral y la política (Melo y Tugnoli, 2007:2).

1.1.6. EL DERECHO NATURAL

MÖLLER (2007:26 y 29), citando a PECES-BARBA⁴ señala que los derechos naturales son "derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho Positivo. Son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana. Tienen un carácter abstracto, afectan al ser humano genérico y al ciudadano y parten de la superioridad del Derecho natural sobre el positivo. Al deducirse de un sistema jurídico, natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables e imprescriptibles. Entonces supone la existencia de unos derechos: a) previos al Poder y al Derecho positivo; b) que se descubren por la razón en la naturaleza humana; c) que se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano siendo un límite de su acción.

⁴PECES-BARBA Martínez, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p.22. citado por Moller, 2007. p. 26-27.

1.1.7. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO NATURAL

De acuerdo con los autores precitados, las características del derecho natural, son las siguientes:

a) Inalienabilidad.- La inalienabilidad consiste en una de las estrategias planeadas por los teóricos de los derechos naturales para evitar su apropiación o control por parte del poder político y la cual está directamente ligada a la concepción contractualista del Estado. Con la inalienabilidad esta teoría pretende, dentro de una teoría contractualista, proteger la soberanía de los derechos frente a cualquier acuerdo o voluntad, actuando de forma coherente con su proposición de derechos no sometidos a la voluntad, sino tan sólo a la razón (Ibídem: 27-28).

b) Universalidad e inmutabilidad.- José DELGADO PINTO, sostiene que el iusnaturalismo concibe sus conceptos morales como definitivos y con pretensión de validez general, en todos los tiempos y contextos. En consecuencia, el derecho natural consiste "en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales, inmutables y cuyo conocimiento todos tenemos acceso mediante el uso natural de nuestra razón". Por universalidad se entiende la posibilidad de ser aplicado a todos los hombres, están relacionados con la propia naturaleza humana, no sometidos a contextos históricos o políticos. Tiene origen en una concepción de ser humano igual en dignidad en relación a todos los demás, independientemente de cualquier criterio espacial o temporal (citado por Möller, 2007:30).

PECES-BARBA, explica que son varios los sentidos que se puede atribuir a la universalidad. El primero, relacionado con el plano racional, la titularidad del Derecho Natural, tiene alcance para todos los seres humanos. El segundo, el

Derecho Natural es atemporal, es decir, su contenido sería lo mismo a lo largo de la historia, no importando el momento en que sea aplicado. Los derechos de ayer son los mismos derechos de mañana. A esto se le conoce también por inmutabilidad. En el ámbito **cultural**, es válida como derecho natural en cualquier cultura, en cualquier territorio, no importando qué concepción de cultura se tuviera. Por tanto, tienen pretensión de aplicación universal, a todos los seres humanos en cualquier tiempo u ordenamiento jurídico y cultural (citado por Möller, *Ibíd.*).

1.1.8. FUNDAMENTALES TESIS DEL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo, a partir de los autores clásicos y modernos que hemos señalado, desde el punto de vista de la filosofía del derecho, constituye una doctrina filosófica, coincidiendo con Bonorino y Peña (2006:20), se sustenta en las siguientes tres tesis:

- 1) Existen principios morales y de justicia universalmente válidos y verdaderos (leyes naturales);
- 2) El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana; y,
- 3) Sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que no contradicen los principios morales y de justicia.

La idea fundamental del derecho natural, es la existencia de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva, como un derecho propio e inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por ningún órgano del

Estado, sino que está constituido por criterios y principios rectores de la conducta humana (Ramírez, disponible en www.monografias.com/trabajos).

Lo significativo es que persigue básicamente la realización de los valores humanos. Proporciona la base moral indispensable para la elaboración del derecho positivo y la toma de decisiones de los operadores jurídicos. Es un derecho modelo que busca la auténtica justicia.

Después de la segunda guerra mundial, el derecho natural resurge con mayor fuerza, como una reacción contra los abusos de los derechos humanos, que bajo la tutela del positivismo, fueron sometidos los ciudadanos y funcionarios del régimen de Alemania nazi, principalmente con las críticas de Radbruch, a la doctrina del positivismo contra sus principios como el de que **“la ley es la ley”**, y **“ante todo hay que aplicar la ley”**, que vienen a ser una actitud sin moral y parcialmente responsable del régimen de Hitler, al justificar una legislación como la nacional-socialista, que bajo el positivismo no pudo ser combatido el contenido arbitrario e injusto de aquella ley (Oroz, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.pdf>).

Esta corriente iusnaturalista sostiene que la obligatoriedad y la validez de las normas de derecho natural, se funda en su propio valor y no al haber sido promulgado por el legislador. El exponente más representativo de esta doctrina, es el filósofo norteamericano John Finnis, quien sostiene que el derecho positivo debe ser la aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica. Las leyes humanas para ser correctas deben seguir el camino de la razonabilidad práctica. La validez moral de todo derecho positivo depende de que éste respete y se adecue a las exigencias universales y perennes que la ley natural impone (Parma, en <http://www.carlosparma.com.ar/index.php>).

Hans Welzel, filósofo Alemán, sostiene que el derecho no se puede confundir con el poder, no se identifica simplemente con el mandato de un poder existente. El Derecho debe ser más que un poder, esto es, ha de buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico determinado. Asimismo señala que la autonomía ética del ser humano es el principal límite de cualquier construcción jurídica (Velásquez, en línea <http://perso.unifr.ch/derechopenal/pdf>).

El Derecho, en la actualidad, exige un contenido mínimo de moral o antropológico, vale decir, no prescindir de aquellos que se fundan en razones propias de la naturaleza humana (Melo y Tugnoli, 2007). Las clásicas versiones iusnaturalistas pueden coexistir con las modernas teorías, por cuanto ambas sostienen que el Derecho no se conforma solamente por lo que ha sido estatuido como tal por la sociedad o por la autoridad estatal. Esta nota de derecho natural la encontramos en los principios y directivas de Dworkin, en los derechos morales de Nino, en el umbral de injusticia o injusticia extrema de Alexy, en los bienes humanos básicos de Finnis, en el caso vedado de Garzón Valdez, o en la justicia de Willey.

Robert Alexy, sostiene que existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la Moral. Quien pretenda demostrar esta conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral, desde esta perspectiva debe demostrar que en los procesos de creación y de aplicación del Derecho, los participantes tienen una pretensión de corrección, lo que implica una pretensión de corrección moral ((Melo y Tugnoli, 2007).

Para Jürgen Habermas, la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión absoluta entre derecho y moral: el derecho al

positivarse no rompe sus relaciones internas con la moral y la política (Melo y Tugnoli, 2007).

1.1.9. ANÁLISIS DEL IUSNATURALISMO COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO

El iusiusnaturalismo, es una teoría filosófica, llamado por otros, un sistema de pensamiento jurídico, que ha dominado desde el mundo clásico, hasta finales del siglo XIX, en que para algunos fue sustituido por el positivismo jurídico. Sin embargo, sus concepciones sobre el derecho natural y la importancia de la moral en el concepto de Derecho, se mantuvo siempre presente en las discusiones jurídicas. Después de la segunda guerra mundial, resurge con mayor fuerza, como reacción a las atrocidades y abusos a los derechos humanos que se produjo, bajo la tutela del positivismo, así en el régimen de la Alemania nazi, que es una actitud sin moral, en donde se pregonaba los principios de que **“la ley es la ley”**, y **“ante todo hay que aplicar la ley”**, así bajo estos principios, el juez sólo era la boca de la ley.

La concepción iusnaturalismo, tiene como punto de referencia de su teoría al derecho natural, que deriva de la naturaleza racional del hombre. FASSÓ, sostiene que es un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el Estado (derecho positivo), y que tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al derecho positivo. Este es un iusnaturalismo racionalista creado por Descartes, quien planteó que la razón humana es el criterio supremo de la verdad. Dentro de esta orientación, Santiago Nino sostiene que las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos. Hugo Grocio,

señala que del derecho natural deriva el deber de respetar los bienes del prójimo. Manuel Kant sostiene que la moral y el derecho tienen un fundamento común, que es la razón práctica. Sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. John Locke nos enseña que todos los hombres son libres e iguales por naturaleza, todo hombre posee el derecho natural a la propiedad, cuyo fundamento es el trabajo. John Rawls sostiene que los derechos naturales dependen sólo de ciertos atributos naturales que pueden conocer la razón natural a través del sentido común. Robert Aley sostiene la existencia de una relación conceptual entre el Derecho y la Moral.

Tal como podemos ver los grandes defensores de la teoría iusnaturalista, aceptan la presencia del derecho positivo, empero, no lo tiene como elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser descubiertas en el derecho natural, incluso pueden ser aplicadas directamente, tal como se propone con las normas constitucionales. No supone el iusnaturalismo "la negación de los criterios de validez del positivismo jurídico, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre dichas "normas positivas" y una moral correcta (Möller, 2007).

Acogiendo los postulados de John Finnis, podemos sostener que el derecho natural, es el conjunto de principios de razón práctica, persigue básicamente la realización de los valores humanos, en donde la obligatoriedad y la validez de las normas del derecho natural se fundan en su propio valor y no al haber sido promulgado por el legislador. El derecho no se identifica con el mandato de un poder existente, tal como sostiene Hans Welzel, el derecho ha de buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado, bajo las condiciones de un

momento histórico determinado, lo que supera la tesis tradicional de la existencia de principios morales eternos.

La razonabilidad práctica de Finnis, permite distinguir si un razonamiento es correcto o incorrecto, es un medio para tomar decisiones morales. Entonces el derecho positivo antes de ser emitido por el Estado, debe pasar por el tamiz de la exigencia de la razonabilidad práctica universalmente válidas, a fin de que el sistema jurídico cumpla con su función de crear las condiciones para que los hombres puedan perseguir esos bienes básicos (Bonorino y Peña, 2006:26).

Para Dworkin el derecho está constituido además de las reglas por principios, lo que para Finnis viene a ser la razón práctica. Los principios jurídicos constituyen proposiciones morales, que son los materiales a ser utilizado por los operadores jurídicos. Por ejemplo señala que el principio legislativo de integridad exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto total del derecho, en cada acto de aplicación, un conjunto moralmente coherente (Dworkin, 1988:217). Robert Alexy señala que en los procesos de creación y de aplicación del Derecho, los participantes deben tener una pretensión de corrección moral (Melo y Tugnoli, 2007:2). Jürgen Habermas sostiene que el derecho al positivarse no rompe sus relaciones internas con la moral y la política (Ibídem).

El derecho natural -como punto de referencia del iusnaturalismo- se sustenta en que los derechos naturales son "derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho positivo. Son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana, son universales, inalienables e imprescriptibles (Möller, 2007:26). Delgado Pinto, citado por Möller sostiene que el iusnaturalismo concibe sus conceptos morales

como definitivos y con pretensión de validez general, en todos los tiempos y contextos y cuyo conocimiento todos tenemos acceso mediante el uso natural de nuestra razón no sometidos a contextos históricos o políticos. Para Peces-Barba citado por el mismo autor, el derecho natural es válida en cualquier cultura y territorio.

Sobre estas concepciones resulta posible afirmar que el iusnaturalismo, basado en el derecho natural, es una teoría filosófica que tiene aplicación práctica, tanto en la elaboración de leyes, así como en la solución de casos; cuyo contenido debe ser delimitado por la argumentación, para proporcionar una decisión justa, que es lo que exige el derecho natural como modelo de justicia, de esa manera encuentre **legitimidad**, lo que para Fernández-Galiano y Castro Cid se llama **legalidad** (Moller, 2007).

Estas posiciones conceptuales enfatizan que los principios del derecho natural, proporcionan las bases morales y de justicia para la elaboración de leyes, tienen validez general aplicable en todo tiempo y en cualquier cultura y territorio, que no está sometido a contextos históricos, políticos y económicos, lo que nos lleva a señalar la existencia de una conexión entre el orden jurídico y orden ético. Al respecto Jans Welzel, en su texto Derecho Natural y Justicia Material, en su afán de construir los fundamentos filosóficos para la elaboración dogmática de presupuestos invariables para el legislador, sostiene que el derecho natural se encuentra en el centro de los problemas suscitados por el "recto obrar social". Los fines del obrar social, se plantean en dos órdenes reglados: el orden jurídico y el orden ético. Entre estos dos órdenes existe una conexión objetiva. Así surge el dualismo entre moralidad y legalidad, en donde la conciencia individual debe jugar un papel preponderante: el derecho debe ser

asumido por la conciencia individual y el derecho penal es un instrumento esencial para ello (Aponte, en el libro Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, en homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, 2007).

El iusnaturalismo a la luz de las concepciones del derecho natural, es una teoría filosófica vigente para abordar las investigaciones en el campo del Derecho, específicamente cuando se trata de proponer las bases filosóficas en la elaboración del derecho positivo, como expresión objetiva del derecho natural, la misma que es una dimensión del derecho que depende de la naturaleza y no de la voluntad de los hombres (Forero, disponible en <http://sabanet.unisabana.edu.co/derecho>). Esta teoría nos permite entender mejor el fenómeno de la justicia social (Caballero. La Teoría de la Justicia de John Rawls. Disponible en: www.uia.mx/actividades/publicaciones). Así como entender que el Derecho es un ente jurídico constituido por dos fuerzas, la física y la moral, como señala **Francesco Carrara**, (Ramos, 2004).

1.1.10. CONCLUSIONES:

1. El iusnaturalismo, es una teoría filosófica y un sistema de pensamiento jurídico, que ha dominado desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX. Después de la segunda guerra mundial, resurge con mayor fuerza, como reacción a las atrocidades y abusos a los derechos humanos que se produjo, bajo la tutela del positivismo, el régimen de la Alemania nazi, que es una actitud sin moral, en donde se pregonaba los principios de que **“la ley es la ley”**, y **“ante todo hay que aplicar la ley”**, bajo estos principios, el juez sólo era la boca de la ley.

2. Coincidiendo con MÖLLER y los grandes defensores del iusnaturalismo racionalista desde Descartes, Hugo Grocio, Manuel Kant, John Locke, Hans Welzel, John Rawls y Robert Alexy, podemos afirmar la existencia de una relación necesaria entre Derecho y Moral. La teoría iusnaturalista, no niega la presencia y los criterios de validez del derecho positivo, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre normas positivas y la moral correcta. El derecho positivo no es un elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser descubiertas en el derecho natural, incluso pueden ser aplicadas directamente, tal como se propone con las normas constitucionales, cuestiones que son retomadas por el neoconstitucionalismo, por ejemplo en las declaraciones internacionales de derechos.

3. Acogiendo los postulados de John Finnis, podemos sostener que el derecho natural, es el conjunto de principios de razón práctica que persigue básicamente la realización de los valores humanos, en donde la obligatoriedad y la validez de las normas del derecho natural se fundan en su propio valor y no al haber sido promulgado por el legislador. Tal como sostiene Hans Welzel, el derecho ha de buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado, bajo las condiciones de un momento histórico determinado.

4. El derecho positivo antes de ser emitido por el Estado, debe pasar por el tamiz de la exigencia de la razonabilidad práctica de Finnis universalmente válida, que permite distinguir si un razonamiento es correcto o incorrecto, es un medio para tomar decisiones justas. Para Dworkin el derecho está constituido además de las reglas por principios. Los principios constituyen proposiciones morales, lo que exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto total del derecho, un conjunto moralmente coherente. Robert Alexy señala que en los

procesos de creación y de aplicación del Derecho, debe haber una pretensión de corrección moral, de manera que el derecho al positivarse no rompa sus relaciones con la moral tal como sostiene Habermas.

5. El iusnaturalismo, tiene aplicación práctica, tanto en la elaboración de leyes, así como en la solución de casos difíciles, delimitado por la argumentación para proporcionar una decisión justa, de esa manera encuentre **legitimidad**, lo que para Fernández-Galiano y Castro Cid se llama **legalidad**.

6. Los principios del derecho natural, son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana, tienen validez universal en tiempo y espacio y cultura, no sometidos a contextos históricos, políticos y económicos. Proporcionan las bases morales y de justicia para la elaboración de leyes, lo que nos lleva a sostener la existencia de una relación obligatoria entre orden jurídico y ético, tal como señala Robert Alexy, una relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral. Para Jans Welzel, el dualismo entre moralidad y legalidad.

7. Las fundamentales tesis del iusnaturalismo, son:

- 1) Existen principios morales y de justicia universalmente válidos y verdaderos (leyes naturales);
- 2) El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana; y,
- 3) Sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que no contradicen los principios morales y de justicia.

8. El iusnaturalismo como sostiene Forero, a la luz de las concepciones del derecho natural, es una teoría filosófica vigente para abordar las investigaciones

en el campo del Derecho, específicamente cuando se trata de proponer las bases filosóficas en la elaboración del derecho positivo, como expresión objetiva del derecho natural, la misma que es una dimensión del derecho que depende de la naturaleza y no de la voluntad de los hombres. Para Caballero García, esta teoría nos permite entender mejor el fenómeno de la justicia social. Francesco Carrara (2004) señala que el Derecho es un ente jurídico constituido por dos fuerzas, la física y la moral.

1.2. EL LIBERALISMO

El liberalismo es una doctrina, que exaltando la bondad natural de la persona humana, afirma la bondad de su conducta libre y autónoma, y establece por lo tanto el derecho a la libertad como el derecho más fundamental del hombre. El liberalismo es, pues, una exaltación del individuo y una glorificación de la libertad humana (http://www.mercaba.org/Filosofia/argos_04-2.htm).

1.2.1. CARACTERÍSTICAS DEL LIBERALISMO.- El autor Curay Rosales (disponible en: <http://www.monografias.com>, visto el 28-05-2010), señala como principales características del liberalismo:

- a) No intervención de la Iglesia ni de los grupos religiosos en el Estado ni en sus opiniones y resultados.
- b) Práctica de una economía cosmopolita de ayuda internacional mutua.
- c) No a los monopolios.
- d) No a la opresión ni abusos de poder.
- e) Que los seres se dediquen solos a encontrar la verdad (humanismo).
- f) Considerar que todo lo que es útil es bueno (utilitarismo).

- g) Libertad de conciencia y de creencia.
- h) Libertad de disfrute de derechos establecidos.

1.2.2. LA FINALIDAD DEL LIBERALISMO

PEDRAJAS HERRERO (2006:277), en su tesis *El Desarrollo Humano en la Economía Ética de Amartya Sen*, ha sostenido que la libertad es un medio y un fin al que se dirige la acción humana: ser libres, llevar una vida en libertad, que será (o podrá ser) una vida dichosa, pero que como mínimo se dará en unas condiciones humanamente dignas. La libertad como fin de una teoría del desarrollo humano, fundamentada en una teoría de la justicia social y económica. Así el desarrollo ahora consiste en lograr una vida de libertad para todos. Una libertad que es fundamento de un nuevo liberalismo social, aplicado a la economía y, desde ella, a la sociedad en su conjunto. Esto es la característica de un liberalismo auténtico del desarrollo humano.

Asimismo ha señalado que la libertad dentro del modelo de desarrollo ahora es un enfoque general que va a iluminar todo el sistema ético-económico-social del desarrollo humano sostenido por Sen en su obra *Desarrollo y libertad*:

“El papel constitutivo de la libertad está relacionado con la importancia de las libertades fundamentales para el enriquecimiento de la vida humana. Entre las libertades fundamentales se encuentran algunas capacidades elementales como, por ejemplo, poder evitar privaciones como la inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable y la morbilidad prematura, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y calcular, la participación política y la libertad de expresión, etc. Desde esta perspectiva constitutiva, el desarrollo implica la expansión de estas y otras libertades básicas. Desde este

punto de vista, el desarrollo es el proceso de expansión de las libertades humanas, y su evaluación ha de inspirarse en esta consideración (Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, cap. 2, p.55)⁵.

Este concepto de la libertad está fundamentado sobre la base de la concepción de la libertad como valor universal. Esta libertad fundamental tiene dos vertientes que Sen analiza en profundidad: la libertad en los procedimientos y la libertad como igualdad y aumento de oportunidades. La libertad como oportunidad se refiere a la oportunidad de lograr nuestros objetivos: las cosas que tenemos razones para valorar, a la capacidad real de conseguir cosas. Concretamente, las oportunidades reales que una persona tiene para llevar la vida que elegiría, son esenciales en la evaluación social. Desde el punto de vista de la libertad como procesos o procedimientos, señala que en el análisis del desarrollo se debe incluir ciertos procesos como la participación en las decisiones políticas y debates, que no son meros medios para lograr un mayor crecimiento económico, sino que además son partes constitutivas de los fines mismos del desarrollo. Por ello el desarrollo humano debe incluir no sólo la libertad como el rango y calidad de las oportunidades que tienen las personas para llevar a cabo su vida, sino también que exista libertad en los mismos procedimientos que hacen posible ese aumento de oportunidades, que incluyen, por ejemplo, la autonomía y la no-coacción. La libertad como autonomía hace referencia a la capacidad de decidir por uno mismo, a un proceso de elección positiva. Por otra parte la inmunidad frente a terceros, relacionado con la "libertad negativa", en ese sentido el único papel que debe tener el Estado es asegurar que no haya interferencias ni intromisiones en los derechos personales

⁵Párrafo citado por Marta Pedrajas Herrero, en su tesis *El Desarrollo en la Economía Ética de Amartya Sen*. *Ibidem*: p. 279.

(principalmente el de propiedad) de cada individuo ni en la libertad personal como espacio vital (Pedrajas, Ibídem: p.283-289).

Goulet pregona por una humanidad, un planeta y un destino comunes, cuando señala:

“Todas las personas son una por su humanidad común. Todas las filosofías pretenden ser universales aunque discrepen ampliamente sobre el significado de lo “humano”. Todas coinciden en que por encima de diferencias de raza, nacionalidad, cultura u organización social, existen una “humanidad común”. Esta unidad es hecho en la humanidad compartida es la primera base ontológica de la solidaridad entre los seres humanos (Cf. D. GOULET, *Ética del desarrollo*, p.74-78)⁶.

1.2.3. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL LIBERALISMO

1) CONCEPCIÓN FILOSÓFICA

El liberalismo es una doctrina filosófica y política que se caracteriza por ser una concepción individualista, en otras palabras, es una concepción para la cual el individuo y no los grupos constituyen la verdadera esencia. Rosales citando a García Pelayo señala que: "Los valores individuales son superiores a los colectivos y el individuo decide su destino y hace historia" (Rosales. *El Liberalismo*. <http://www.monografias.com>, consultado el 28-05-2010).

En su aspecto predominantemente filosófico, el liberalismo es una posición intelectual que basa exclusivamente en la fuerza de la **razón** la posibilidad de interpretar los fenómenos, con autonomía de todo principio que se considere

⁶ Citado por Pedrajas, Ibídem: p.289.

absoluto o superior. Disponible en (<http://www.monografias.com>, consultado el 30-05-2010).

Montse DÍAZ PEDROCHE, sobre el liberalismo contemporáneo, señala que podemos clasificar las teorías liberales de la justicia en dos grupos: propietaristas y solidaristas. El **liberalismo propietarista**, representado por Robert Nozick, parte de la idea de derechos naturales y reconoce entre ellos el derecho de propiedad, considera que una distribución de bienes será justa si procede de otra distribución justa a través de medios legítimos. El **liberalismo solidarista**, representado por John Rawls, considera que una sociedad es justa si se rige por los principios de justicia que elegiríamos los ciudadanos en una situación de imparcialidad, a la que llama "posición original". La **posesión original** es una situación imaginaria en la que personas racionales, libres e iguales, eligen los principios de justicia que han de regir para siempre su convivencia. Estas personas se encuentran tras un "**velo de la ignorancia**"⁷ en lo que respecta a su posición social y a sus características naturales, y por eso elegirían con imparcialidad: pensando que pueden ser los peor situados desde la perspectiva social y natural. Como se trata de una elección en condiciones de incertidumbre, tratarán de asegurarse los "bienes sociales primarios", los que son imprescindibles para alcanzar cualquier objetivo: derechos y libertades básicos, ingresos suficientes, igualdad real de oportunidades, y los bienes culturales y afectivos necesarios para mantener la autoestima. En síntesis, Rawls cree que la justicia social consiste en asegurar

⁷El **velo de la ignorancia** es un concepto utilizado por Rawls para llegar a los dos principios de la justicia. El **velo de la ignorancia** consiste en que cuando las personas eligen los principios de la justicia no saben cuáles van a ser sus circunstancias específicas (que posición social ocuparán). Como los principios que emergerán no son diseñados para la ventaja o desventaja de los individuos en un particular escenario, los principios que emergen del velo de la ignorancia pueden ser considerados justos (Caballero, 2006:8).

unas libertades y derechos básicos para todos, lo que debe tenerse en cuenta al momento de organizarse la estructura básica de una sociedad, es decir, la Constitución y las principales instituciones económicas y sociales (Díaz Pedroche. Disponible en: http://montsepedroche.files.wordpress.com/2011/02/derecho_justicia.pdf. p.11).

El sentido de justicia es definido por Rawls como capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo. Este proceso se da a nivel de individuos en el marco de la sociedad y su estructura. El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social (Caballero, 2006, p. 5).

John Rawls (1971, 20), por grandes instituciones entiende la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada sobre los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales. Tomadas en conjunto, como esquema, las grandes instituciones definen derechos y deberes e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga. Asimismo sobre el papel de la justicia, en su libro Teoría de la Justicia, ha sostenido que: "la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones

estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas” (Rawls, Ibídem, p.17)

La teoría de Rawls fue una reacción contra el relativismo y el escepticismo ético, que niega la posibilidad de afirmar la verdad o falsedad de las afirmaciones sobre lo justo o lo correcto. Marcó un renacimiento del realismo moral, según el cual la argumentación en materia de justicia es una actividad fructífera, en la que es posible distinguir mejores y peores respuestas. La aportación más importante de la teoría de Rawls ha sido reinstalar la importancia de la teoría sobre la justicia en las modernas ciencias sociales (Caballero, 2006, p. 21).

2) CONCEPCION POLÍTICA

El liberalismo político es el liberalismo de LOCKE, que afirma la existencia de derechos individuales anteriores al Estado. El liberalismo es la antítesis del absolutismo. Sostiene que los hombres para preservar y disfrutar mejor de sus derechos individuales, resuelven abandonar la etapa pre-social y pre-política, formulando así un contrato multilateral que es distinto al de Hobbes y al de Rousseau. Porque aquí, los hombres no se alienan, no se enajenan totalmente, no entregan la totalidad de los derechos individuales. La única atribución que los hombres entregan, es esa de repeler mediante la fuerza, la agresión ajena. Es el poder coactivo, que pasará ahora a ser patrimonio del Estado que se forma en este contrato multilateral. Justamente, para garantizar la segura represión de la violación de los derechos individuales. Se da en dos pasos sucesivos: primero, un contrato multilateral para formar la comunidad política; segundo, un pacto bilateral con obligaciones recíprocas para gobernantes y

gobernados, tendiente a determinar quién ha de ejercer el poder estatal. Hay en Locke, una presencia constante de la Justicia conmutativa, que regula las relaciones entre los ciudadanos. Y también la Justicia distributiva conforme a la cual, la autoridad está facultada para imponer determinadas sanciones -por ejemplo- a los transgresores. Pero se encuentra ausente una clara sistematización de la justicia legal, que hoy se denomina Justicia Social. (Rosales. El Liberalismo. en: <http://www.monografias.com>, consultado el 28-05-2010).

Francisco García Moreno, señala que John Locke, es considerado como uno de los grandes teóricos del liberalismo y de la Democracia moderna, por sostener que todo gobierno surge de un pacto o contrato entre individuos, con la finalidad de proteger la vida, la libertad y la propiedad de las personas (García. El pensamiento político de John Locke. Disponible en: <http://www.slideshare>).

Al respecto Manolo MILLÓN señala que: "Hobbes construye su teoría de la legitimidad del poder basándose en que su justificación nace a partir de un acto de voluntad racional, es decir, que la sociedad política y el Estado son entes artificiales. La base que toma esta teoría es radicalmente individualista, como se puede ver cuando plantea que la sociedad política es un ente artificial construido por cada persona. La justificación de la existencia de este artificio estará en lo que él denomina "estado de naturaleza" del ser humano, un ser totalmente anárquico capaz de llevar a cabo, hechos como los acaecidos en la Inglaterra del Siglo XVII: una cruentísima guerra civil. Para evitar el estado de naturaleza del hombre, es necesario que exista una fuerza mayor capaz de impedir que triunfe esta situación: el Estado. En su obra, Leviatán, Hobbes

define el estado de naturaleza humano o anarquía con la figura bíblica del Behemoth, mientras que al Estado lo representa con el Leviatán, un Leviatán capaz de vencerlo y del que todos reconocemos formar parte y al que debemos obediencia. El estado hobbesiano es un estado absolutista, su poder es total, indivisible e irrefutable (Disponible en: <http://cocaina.redliberal.com>, consultado el 28-05-2010).

ORELLANA ARANDA (1998:157-161) sostiene que el liberalismo político, es una concepción política de la justicia, ideada para una sociedad democrática donde el factor más determinante de la convivencia social y política es la pluralidad de doctrinas filosóficas, morales y religiosas. Los valores políticos no son de hecho independientes de los valores morales de los que se nutre. Rawls abordando la cuestión de la independencia, afirma que su concepción política de justicia, "en orden a ser una concepción moral debe contener su propio ideal moral intrínseco". Este ideal está vinculado a la concepción de los ciudadanos como razonables, o lo que es igual, capaces de proponer y acordar un sistema justo de cooperación social. Asimismo señala que en la concepción política de justicia de Rawls la sociedad es entendida como un sistema justo de cooperación, la de los ciudadanos, caracterizados como libres e iguales, y la idea de una sociedad bien ordenada, efectivamente regulada por una concepción pública de justicia.

3) LIBERALISMO ECONOMICO

La concepción del liberalismo económico es entendida básicamente por el pensamiento de Adam Smith, quien presenta en su obra principal denominada "Investigaciones sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones",

que predomina hasta el día de hoy en el mundo. Smith sostuvo que la riqueza procedía del trabajo, que incrementa la riqueza debido a que aumenta la destreza de la fuerza de trabajo, ahorra tiempo, y permite el empleo de ingenios mecánicos. Los límites de la división del trabajo vienen determinados por el tamaño del mercado y del "stock de capital". Decía que la libertad dentro de una sociedad llevaría a la máxima riqueza posible. Smith busca explicar el crecimiento económico a partir del concepto de "división del trabajo", cuyo regulador será el mercado. La especialización de la fuerza de trabajo genera un incremento en la productividad que permite la acumulación de riquezas. Sin embargo, sólo aquellas economías orientadas hacia la producción para el intercambio son las beneficiarias, ya que las economías de subsistencias no son capaces de generar estas innovaciones que elevan el nivel de producción (García Roel, Nicolás. Visiones de la teoría del valor-trabajo para los tres autores. <http://www.monografias.com>, consultado el 31-05-2010).

Oswaldo HURTADO (2005:7-16), indica que Adam Smith, en la Riqueza de las Naciones, señaló algunas de las ideas que conformarían la esencia del pensamiento económico liberal. Afirmó que los individuos en sus actividades económicas naturalmente se inclinaban por la búsqueda del interés personal. El mejor remedio para la regulación de los precios era dejar que actuara la ley natural de oferta y de la demanda. El progreso era el resultado de mercados libres y competitivos, de la libre empresa, del libre cambio y del libre accionar de los individuos en la economía. Las libertades económicas eran vistas como un derecho natural de los seres humanos y el mejor incentivo para el progreso. Una economía libre de mercado, es considerado como la única en capacidad

de garantizar el progreso de los países y el bienestar de los pueblos⁸. Asimismo Hurtado para identificar el papel del Estado y conseguir que el desarrollo de América Latina sea dinámico, equitativo y de largo plazo, examina la Economía Social de Mercado, como el mejor sistema para propiciar el progreso de los pueblos, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones. A la autoridad pública le corresponde crear condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva. Motivo por el cual el Estado debe garantizar la libertad contractual y la propiedad privada de los medios de producción, dentro del marco de su responsabilidad social. Asimismo señala que la obligación del Estado es velar por el bien común, corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los resultados del progreso.

BASES TEORICAS DEL LIBERALISMO ECONÓMICO.- Según Curay Rosales las bases teóricas del liberalismo económico pueden sintetizarse de la siguiente manera (disponible en: <http://www.monografias.com>):

a) La sociedad está regida por leyes naturales universales permanentes.

⁸Hurtado ha señalado que estas ideas y las políticas, conocidas con el nombre de neoliberalismo, se aplicaron en Chile durante la dictadura del general Augusto Pinochet, en la que asumieron la dirección y ejecución de las políticas económicas profesionales formados en la escuela de la economía de la Universidad de Chicago. En los años siguientes adquirieron una proyección universal al ser adoptadas en Estados Unidos e Inglaterra, a los que se sumaron otros gobiernos. El pueblo Alemán, en 1989, al derribar el muro de Berlín puso fin al modelo económico socialista, que se considera durante casi un siglo, como la única alternativa válida al sistema capitalista. Un año después, John Williamson sistematizó las medidas económicas impulsadas por los gobiernos inglés y estadounidense, y organismos internacionales, en un conjunto de políticas específicas a las que denominó Consenso de Washington, en razón de que eran compartidas por instituciones domiciliadas en dicha ciudad: FMI, BID, Banco Mundial y Departamento del Tesoro de los Estados Unidos (Hurtado; Ibídem: p.9).

- b) La esfera económica está regida únicamente por el interés personal, y la competencia de los esfuerzos individuales asegura el triunfo de los más hábiles y mejores.
- c) El destino humano se realiza por la libre acción individual. El Estado debe limitarse a lograr la seguridad interna y la defensa del país, pues en los demás problemas, cuando fomenta, entorpece, y cuando reglamenta, desorganiza.

4) LIBERALISMO Y SOCIALISMO

PEDRAJAS (2006:289-292), al analizar el liberalismo de Amartya Sen sostiene que a diferencia del liberalismo clásico del Siglo XVIII, el liberalismo de Sen es social, solidario, auténtico. Sen no niega en ningún momento la necesidad de la sociedad y reconoce que la autonomía individual no puede darse fuera de un entorno social que permita hacer elecciones dotadas de sentido. El problema será articular un Estado neutral, liberal y social, que respete la diversidad y las minorías, a la vez que, por nuestra humanidad compartida, disminuyan las desigualdades injustas. Asimismo señala que la libertad como fin, la libertad como objetivo último del desarrollo económico, político y social, pasa por garantizar y aumentar unas libertades instrumentales. Las libertades políticas en sentido amplio se refiere a la libertad de conciencia (política), de expresión y al pluralismo político, y los derechos de voto y de oposición política de las democracias. Concretamente hace hincapié en la oportunidad de decidir quién gobierna bajo qué principio, a la libertad de oposición política, de investigar y criticar a las autoridades, libertad de prensa sin censura, a la posibilidad de

dialogar, disentir y criticar en el terreno político, así como el derecho de participación en la selección del poder legislativo y del poder ejecutivo.

1.2.4. CONCLUSIONES:

1) El liberalismo es una doctrina filosófica, política y económica, que en sus inicios se caracterizó por ser una concepción individualista, en donde "los valores individuales son superiores a los colectivos y el individuo decide su destino y hace historia" (Rosales. El Liberalismo. Disponible en: <http://www.monografias.com>).

2) En el mundo contemporáneo, coincidiendo con PEDRAJAS (2006:277), podemos señalar que la libertad es un fin constitutivo del desarrollo humano. Amartya Sen en su tesis El Desarrollo Humano en la Economía Ética, ha sostenido que la libertad es un medio y un fin al que se dirige la acción humana. Pregona por una libertad fundamentada en una teoría de la justicia social y económica. Así el desarrollo debe consistir en lograr una vida de libertad para todos. Una libertad que es fundamento de un nuevo liberalismo social, aplicado a la economía y, desde ella, a la sociedad en su conjunto (Ibídem: 278).

3) Sen en su obra Desarrollo y libertad, sostiene principalmente que la libertad dentro del modelo de desarrollo, ahora es un enfoque general que va a iluminar todo el sistema ético-económico-social del desarrollo humano.

4) Las teorías liberales en la actualidad, tal como sostiene DÍAZ PEDROCHE se clasifican en dos grupos: propietaristas y solidaristas. El **liberalismo propietarista**, representado por Robert Nozick, considera que una distribución de bienes será justa si procede de otra distribución justa a través de medios legítimos (Díaz, Ibídem). El **liberalismo solidarista**, representado por John

Rawls, considera que una sociedad es justa si se rige por los principios de justicia que elegiríamos los ciudadanos en una situación de imparcialidad, a la que llama “posición original”. La **posesión original** es una situación imaginaria en la que personas racionales, libres e iguales, eligen los principios de justicia que han de regir para siempre su convivencia. Estas personas se encuentran tras un **“velo de la ignorancia”**⁹ sobre su posición social y a sus características naturales, y por eso elegirían con imparcialidad. Rawls pregona por una justicia social que consiste en asegurar unas libertades y derechos básicos para todos, lo que debe tenerse en cuenta al momento de organizarse la estructura básica de una sociedad, es decir, la Constitución y las principales instituciones económicas y sociales. El sentido de justicia es definido por Rawls como capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo. Este proceso se da a nivel de individuos en el marco de la sociedad y su estructura (Caballero, 2006, p. 5). Rawls en su libro Teoría de la Justicia, ha sostenido que: **“la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”** (Rawls, 1971, p. 17).

⁹El **velo de la ignorancia** es un concepto utilizado por Rawls para llegar a los dos principios de la justicia. El velo de la ignorancia consiste en que cuando las personas eligen los principios de la justicia no saben cuáles van a ser sus circunstancias específicas (que posición social ocuparán). Como los principios que emergerán no son diseñados para la ventaja o desventaja de los individuos en un particular escenario, los principios que emergen del velo de la ignorancia pueden ser considerados justos (Caballero, 2006:8).

5) John Rawls (1971:20), por grandes instituciones entiende la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Las grandes instituciones definen derechos y deberes e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga.

6) El liberalismo político de **LOCKE**, afirma la existencia de derechos individuales anteriores al Estado. El liberalismo es la antítesis del absolutismo. Sostiene que los hombres para preservar y disfrutar mejor de sus derechos individuales, resuelven abandonar la etapa pre-social y pre-política, formulando así un contrato multilateral que es distinto al de Hobbes y al de Rousseau. Disponible en:<http://cocaina.redliberal.com>).

7) El liberalismo económico de Adam Smith busca explicar el crecimiento económico a partir del concepto de "división del trabajo", cuyo regulador será el mercado. La especialización de la fuerza de trabajo genera un incremento en la productividad que permite la acumulación de riquezas (García Roel, disponible en: <http://www.monografias.com>). La Economía Social de Mercado, para Hurtado (Ibídem: p.14-16), es el mejor sistema para propiciar el progreso el progreso de los pueblos de América Latina, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones. Asimismo señala que la obligación del Estado es velar por el bien común, corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los resultados del progreso. El liberalismo contemporáneo de Amartya Sen, es social, solidario, auténtico. La libertad es considerada como objetivo último del desarrollo económico, político y social (Pedrajas, p. 289-290).

8) En su aspecto predominantemente filosófico, el liberalismo es una posición intelectual que basa exclusivamente en la fuerza de la **razón** la posibilidad de interpretar los fenómenos. Disponible en: (<http://www.monografias.com>).

2. FUENTES DOCTRINARIAS

2.1. EL PRINCIPIO DE LICITUD

Según Guillermo Cabanellas (2003, 202, t. V), la licitud se define como: "Justo; legal; jurídico; permitido; razonable; según justicia; conforme a razón; de la calidad mandada; moral.

Aníbal TORRES VÁSQUEZ (2006:259), señala que "es lícito cuando es conforme con el ordenamiento jurídico, es decir, cuando no transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (acto desaprobado por la moral predominante en la comunidad)".

CABANELLAS (2003:337) nos señala que lo ilícito viene a ser "lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres; ilegal; inmoral; contrario a pacto obligatorio".

El principio de licitud, es un principio general del derecho que informa la constitución, desenvolvimiento y extinción de las relaciones jurídicas e integra el ordenamiento jurídico como un valor de confianza, respecto a que la adquisición de bienes se ha realizado respetando el ordenamiento jurídico. La presunción de licitud se manifiesta a través del principio de buena fe que se aplica al derecho en general como un concepto aglutinante, para hablar indistintamente de "probidad, lealtad y buena fe" (Cáceres, 2008, p. 96). Para

DIAZ PICAZO, el principio de buena fe impone a las personas el deber de obrar correctamente, como lo haría una persona honorable y diligente.

El acto lícito es objetivamente conforme con el Derecho, el ordenamiento no puede tutelar actos contrarios al ordenamiento mismo, por el cual la voluntad del sujeto debe subordinarse a la norma, de donde aparece lo prohibido, lo contrario al orden público, a las buenas costumbres (BAUTISTA y HERRERO, 2008).

2.2. EL PRINCIPIO DE LICITUD EN LA LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO.-

En principio el Código Civil peruano de 1984, recoge la licitud como requisito de validez de todo acto jurídico en el artículo 140° cuando establece que: “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: 2) Objeto física y jurídicamente posible”. Esto se complementa con lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que describe: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”. El artículo 219° del Código Civil, señala que el acto jurídico es nulo: 4) Cuando su fin sea ilícito.

ESPITIA GARZÓN¹⁰ sostiene que “...para que el derecho de dominio y, en general cualquier derecho real, acceda a la protección del Estado, se precisa que hayan surgido como consecuencia inmediata del título y causa

¹⁰Citado por Walter Javier Delgado Tovar en sus tesis Nulidad de actos jurídicos de Disposición y gravamen de bienes en el proceso penal”. Pág. 74, en donde al abordar el tema de la naturaleza jurídica de la acción anulatoria, establecido en el artículo 15° del Código Procesal Penal, sobre los instrumentos, efectos y ganancias del delito, señala que no existe norma expresa que sancione con nulidad dichos actos; por lo que, se trata de un supuesto de nulidad virtual, en el que se requiere de la valoración del sistema jurídico en su conjunto, para verificar la contravención a las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.

justos; esto es, no contrarios a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres, y cumpla la función social que le es propia”.

En los supuestos de efectos del delito tales como billetes adulterados o los bienes o derechos que derivan en forma indirecta del delito, que genera el enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita. Igualmente en casos de ganancias del delito, tales como los intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar al agente. Conforme al artículo 102° del Código Penal, procede el decomiso. En ambos casos el fundamento es la no tolerancia del enriquecimiento indebido por parte del agente del delito o terceros vinculados (Ibídem, p. 71-72). En estos casos la finalidad del acto jurídico resulta ser ilícita, pues se opone a los criterios de justicia, equidad, buenas costumbres, y normas imperativas como el artículo 70° de la Constitución que obliga ejercer el derecho de propiedad en armonía con el bien común y dentro de los límites permitidos por ley, así como lo dispuesto en el artículo 923° del Código Civil de ejercer acorde con el interés social. Al respecto DELGADO TOVAR (2007, p. 74, 84), señala que en el caso de transferencia de los bienes materia de decomiso resulta aplicable lo previsto en el numeral 8 del artículo 219° del Código Civil, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar. En tal sentido, con el acto de disposición del agente se está afectando normas imperativas (artículo 102° CP) que impone el decomiso de instrumentos y efectos del delito, incluyendo ganancias. Asimismo indica “para que sea lícita la circulación de bienes en el mercado, es necesario que la operación que sustenta la misma se haya realizado a través de actos jurídicos que cumplan

con los elementos, presupuestos y requisitos necesarios entre ellos, la causa lícita (fin lícito), situación que no se avisa ante la comisión del delito...”

La jurisprudencia ha establecido que: “La ilicitud del acto jurídico se da si sus efectos, desprendidos de la manifestación de voluntad, no pueden recibir el amparo del Derecho, esto es, cuando el objeto no es real y posible, ilícito, determinado con claridad, debidamente premunida de la indispensable honestidad jurídica por ser exigencia del decoro social”. Casación No 2068-1999 – Cusco. El Peruano, 05-11-2001, p.7959. “El concepto de fin ilícito en la doctrina peruana comprende tanto lo legal como lo moral, y queda a criterio del juez apreciar esta última, en el marco de las denominadas “buenas costumbres”, casos en los cuales el ordenamiento jurídico, no podría, sin contradecirse a sí mismo, asegurar al acto su propia validez y eficacia; ya que se trata de impedir que un contrato de vida a determinadas relaciones opuestas a las normas jurídicas del Estado. Hay que convenir que es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (iuscogens), especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal...”. Casación No 2988-98-Lima, El Peruano, 17-09-2000, p. 6293.

El principio de licitud, constituye un fundamento doctrinario y legal, aplicable a todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Por este principio todos los actos necesitan ser lícitos para que el Derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas.

2.3. TEORIA DE LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

CONSIDERACIONES GENERALES

La función social de la propiedad, en contraposición a la escuela individualista y absolutista propugnada por la Revolución francesa, tiene como característica que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el interés colectivo o el bien común. El maestro Jorge Eugenio Castañeda señala que el derecho de propiedad no puede admitirse si está en oposición con el interés social y éste último puede imponerse al del individuo aisladamente considerado (Trebejo Peña, Froilán. Introducción: La Función Social de la Propiedad. Disponible en: <http://iurisalbus.blogspot.com>).

González Barrón (2011, p. 169-171), señala que la propiedad es un derecho individual que asegura un mínimo de utilidad a su titular, pero ello no impide reconocer que se trata de una atribución jurídica que se encuentra sujeta a la realización del interés social, que la propiedad está afecta a un gravamen social, pues la riqueza debe aprovecharse de una u otra manera a todos los individuos. El titular del derecho de propiedad ya no podrá utilizar los bienes de la manera que estime más adecuada para la satisfacción de su interés individual, sino ha de tener presente la simultánea realización del interés social de la colectividad. Bajo las distintas denominaciones de "función social", "interés social" (Art. 923 del CC) y "bien común" (Art.70 de la Constitución) se ha intentado resumir los fines colectivos, sociales, comunitarios o públicos a los que debe estar sometida la propiedad privada. Se trata en buena cuenta de una reacción frente a la concepción liberal de la propiedad, que concebía como un derecho absoluto de usar y abusar de los bienes, sin límites. Para Ramírez (2005, p. 72,t.II), la función social es una

fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda. En consecuencia, la función social puede limitar la propiedad, pero también puede determinarla activamente.

2.3.1. DOCTRINAS SOBRE LA FUNCION SOCIAL

Se clasifica en doctrinas extrínsecas e intrínsecas de la función social:

1) DOCTRINA EXTRÍNSECA DE LA FUNCIÓN SOCIAL

Sostiene que: **a)** El propietario no está sujeto a la función social, sino que ésta corresponde a la institución de la propiedad, y se basa en la afirmación de que los límites al ejercicio del derecho, promovidos por la función social de la institución, se encuentran fuera de la faz interna del derecho subjetivo. Son límites externos, anómalos. **b)** Otra doctrina, considera a la función social como un límite externo que detrae facultades, pero reconoce un núcleo interior infranqueable, tal como lo concebía la doctrina civil clásica. La propiedad se convierte en una posición compleja formada por dos elementos: una esfera de poder (núcleo interior), y una esfera exterior o marco obligatorio en el que se reúnen una serie de cargas u obligaciones que asume el titular por razón del bien. Es una tesis liberal al igual que el primero, enmarcada en primer constitucionalismo (Gonzales, ibídem).

2) DOCTRINAS INTRÍNSECAS DE LA FUNCIÓN SOCIAL

GONZALES (2011, 172), señala que el titular de un derecho subjetivo lo conserva mientras ejercite su prerrogativa conforme a la finalidad que el ordenamiento asigna a esa ventaja, porque los derechos subjetivos incluyen dentro de su núcleo, tanto el interés propio del sujeto titular, como el interés

social. Esta es la tesis más aceptada por el neo-constitucionalismo, presente en los tratados de derechos humanos y consagrada de manera uniforme por nuestro Tribunal Constitucional y por la Corte IDH.

El Tribunal Constitucional del Perú ha consagrado, en forma reiterada la doctrina intrínseca de la función social (Gonzales Barrón 2011, p. 174), así en el Exp. No 0048-2004-PI/TC, ha establecido que:

Fundamento 78. “Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace mas que referirse a la **función social** que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”.

Fundamento 79. “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de derechos y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”.

Asimismo el Tribunal Constitucional en el fundamento 26 de la sentencia del 11-11-2003, Exp. 008-2003-AI/TC, sobre la función social de la propiedad, señala: “la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad”. La “función social” de la propiedad es atender al bien común, lograr sus propósitos, ponerlos al servicio de la comunidad, a efecto de lograr la solidaridad, la igualdad económica y otros valores relevantes (Exp. 0048-

2004-PI/TC fundamento 80). Se advierte una aparente contradicción con lo dispuesto en el artículo 923° del Código Civil, que se refiere al interés social. Al respecto RIVERA FLORES señala que **el bien común** es el bien general, el bien de todos. **El interés social**, en cambio, es el que puede tener un grupo social determinado. Así por ejemplo, existe el interés de los campesinos, el de los empresarios y el de quienes viven en pueblos jóvenes, etc. La Constitución de 1979 decía que la propiedad debía utilizarse en armonía con el interés social. La de 1993 busca esa armonía con el bien común. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993 (Rivera, p.86).

En resumen coincidiendo con los autores Gonzáles y Rivera, podemos afirmar que la propiedad es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos, dignos de protección jurídica, pero esa satisfacción debe respetar las conveniencias de la comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo del mismo. Esta coordinación entre interés individual y el interés social, no es exclusivo del derecho de propiedad, sino también de cualquier otro derecho. Por tanto se puede afirmar que el principio del bien común señalado en el artículo 70° de la Constitución y la teoría de la función social, que sostiene que la propiedad cumple una función social, permite fundar limitaciones al derecho de propiedad, perfectamente aplicable al momento de legislar sobre esta materia, para armonizar con el bien común.

2.3.2. DOCTRINA IUSNATURALISTA DE LA PROPIEDAD: DAVID HUME Y ADAM SMITH

DAVID HUME¹¹.- En relación a la teoría de la propiedad, repite frecuentemente las siguientes frases: “La escasez da utilidad a la propiedad”; “las leyes civiles se adecúan a la conveniencia particular de la comunidad”; “las normas no se fundan sino en el interés de la sociedad”. Esto demuestra cómo la razón última de la institución de la propiedad debe su existencia a su utilidad para la sociedad (San Emeterio Martín, *Ibidem*, p.283). Hume sobre la tradición iusnaturalista señala:

“Examinad a quienes escriben acerca de las leyes de la naturaleza y hallaréis que cualquiera que sean los preceptos que establezcan siempre, están seguros de acabar llegando al fin aquí, y de que la conveniencia y las necesidades de la humanidad designan la razón última de cualquier regla que establezcan. Una concesión deducida de este modo, en oposición a sistemas, tiene mayor autoridad que si se hubiese establecido al desarrollar éstos. En verdad, ¿qué razón podrían dar acaso de porqué (sic) estos tienen que ser mío y aquello suyo, puesto que la naturaleza ignorante, jamás hizo, seguramente,

¹¹ David Hume nació en 1711 en Edimburgo (Escocia). Fue un Filósofo, economista, sociólogo e historiados escocés y constituye una de las figuras más importantes de la filosofía occidental y de la ilustración escocesa. Hume sostiene que todo **conocimiento** deriva en última instancia de la **experiencia sensible**, siendo ésta la única fuente de conocimiento. Sus **Ensayos filosóficos** sobre el entendimiento humano se publicaron en 1748. En cuanto a la **moral**, sostiene que la **razón** debe ser esclava de los sentimientos o **pasiones**. Sólo las pasiones pueden movernos; la razón debe estar a su servicio. Las reglas de la moral y de la **justicia** tienen un carácter puramente convencional. No existe una necesidad racional que nos lleve a respetar esas reglas (la propiedad privada, la obediencia a las leyes, el respeto a las promesas, etc.). Observar estas reglas, así como otras convenciones (e.g., las del a modestia y la castidad) es algo bueno sólo por la utilidad social que traen. Si las condiciones sociales fueran diferentes, esas normas no tendrían sentido. Disponible en: <http://www.buscabiografias.com/bios/biografia/verDetalle/1155/David%20Hume>.

una distinción tal? (...) salvo los intereses generales de la sociedad”
(citado por San Emeterio Martín. *Ibíd*em, p.284).

Respecto a la relación entre propiedad y el Estado, Hume señala:

“Se admite que la propiedad depende de las leyes civiles, se reconoce que las leyes civiles no tienen otro objeto que el interés de la sociedad. Por eso, tiene que reconocerse como el único fundamento de la propiedad y de la justicia. Para no mencionar que nuestra misma obligación de obedecer al magistrado y a sus leyes no se funda sino en el interés de la sociedad” (IMP, n.158, nota, p.39) (citado por San Emeterio Martín, *Ibíd*em, p.295).

ADAM SMITH¹².- Las ideas de Smith sobre la justicia y la propiedad están dispersas en sus tres obras, en las Lecciones sobre Jurisprudencia, La Teoría de los sentimientos morales y la Riqueza de las Naciones (Martín, 2002, p. 301). Al igual de Hobbes y Hume, Smith cree en la estrecha relación entre propiedad y poder público cuya función principal consiste en “impedir que los miembros de la sociedad usurpen la propiedad de otro, o que se apoderen de lo que no es suyo” (LJ(A); 5:p.37)¹³ (citado por San Emeterio Martín, *Ibíd*em). Smith a diferencia de otros autores aporta a su descripción el componente dinámico y evolutivo, así cuando señala: “Cuanto más desarrollada está una sociedad y mayor número de medios haya para mantener a los habitantes,

¹²Adam Smith, es considerado **el padre de la economía moderna** al ser el autor intelectual de una teoría que combina la historia, la naturaleza humana, la ética y el desarrollo económico de manera ejemplar. Este autor nació en 1723 en la pequeña ciudad escocesa de Kirkcaldy, justo al norte de Edimburgo, y fue el hijo único de un padre que murió pocos meses antes y de una madre que vivió hasta los noventa años. En: <http://www.elblogsalmon.com/economistas-notables/economistas-notables-adam-smith>.

¹³ Nuestro autor citado utiliza la abreviación LJ (A) para referirse a las *Lecciones sobre Jurisprudencia* de Smith.

mayor será el número de leyes y regulaciones necesarias para mantener la justicia y prevenir infracciones del derecho de propiedad (RN,V.i,b,744)¹⁴.

Para Smith a diferencia de Locke, el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, es el contenido moral¹⁵ que surge de ese acto el verdadero fundamento de la propiedad (San Emeterio Martín, *Ibíd*em, p.307).

Tal vez uno de los párrafos que resume mejor el liberalismo de Smit sea el siguiente:

“El impulso natural de cada individuo a mejorar su propia condición, si se le deja actuar con libertad y seguridad, es un principio tan poderoso que por sí mismo, y sin ayuda, no sólo es capaz de proporcionar riqueza y prosperidad a la sociedad, sino de sobreponerse a un centenar de trabas impersonales con las que el desatino de las leyes humanas obstaculiza con demasiada frecuencia su ejercicio, aunque el efecto de tales trabas sea siempre mermar más y menos su libertad o disminuir su seguridad” (RN; IV, v,b, p.582)¹⁶.

2.4. CONCLUSIONES:

1. El principio de licitud, tal como afirma Cáceres (2008, 96) es un principio general del derecho que informa la constitución, desenvolvimiento y extinción

¹⁴Citado por Nieves San Emeterio Martín *Ibíd*em, 2002, p.305. La abreviación RN se refiere a la obra *Riqueza de las Naciones* de Smith.

¹⁵San Emeterio Martín señala que al contrario que Hume y siguiendo el ejemplo de su maestro Hutcheson, Smith aplica la teoría del “espectador imparcial” para dar contenido moral al acto de ocupación. Según Smith, entre el poseedor que arranca una manzana y el espectador se crea un sentimiento de simpatía sobre la expectativa de usar el fruto del modo en que le plazca. Esta expectativa razonable que tiene el primer poseedor, señala Smith, “es la base sobre la que se adquiere el derecho de propiedad por ocupación” (*Ibíd*em, p.307).

¹⁶Citado por San Emeterio Martín, *Ibíd*em: p.318.

de las relaciones jurídicas e integra el ordenamiento jurídico como un valor de confianza, respecto a que la adquisición de bienes sea realizado respetando el ordenamiento jurídico. Para TORRES (2006:259), es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, conocido como nulidad virtual contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Concordante con el numeral 8 del artículo 219° del Código Civil, señala que el acto jurídico es nulo: ...8) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

2. El principio de licitud, constituye un fundamento doctrinario y legal, aplicable a todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Por este principio todos los actos humanos necesitan ser lícitas para que el Derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas.

3. Delgado Tovar sostiene que la circulación de bienes en el mercado debe ser lícita, que la operación que sustenta la misma se haya realizado a través de actos jurídicos que cumplan con los elementos, presupuestos y requisitos necesarios, principalmente la causa lícita (fin lícito), lo que no se presenta en los supuestos de la comisión del delito, al ser contrario al ordenamiento jurídico sancionada con nulidad virtual.

5. Coincidiendo con los autores Gonzales y Rivera, podemos afirmar que la propiedad es un derecho subjetivo privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos, dignos de protección jurídica, pero esa satisfacción debe respetar las conveniencias de la comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario y de deberes a cargo

del mismo. Esta coordinación entre interés individual y el interés social, no es exclusivo del derecho de propiedad, sino también de cualquier otro derecho. Por tanto se puede afirmar que el principio del bien común señalado en el artículo 70° de la Constitución y la teoría de la función social, que sostiene que la propiedad cumple una función social, permite fundar limitaciones al derecho de propiedad, perfectamente aplicable al momento de legislar sobre esta materia, para armonizar con el bien común.

6. La doctrina intrínseca de la función social de la propiedad, sostiene que el titular de un derecho subjetivo lo conserva mientras ejercite su prerrogativa conforme a la finalidad que el ordenamiento asigna a esa ventaja. Esta es la tesis más aceptada por el neo-constitucionalismo, presente en los tratados de derechos humanos y consagrada de manera uniforme por nuestro Tribunal Constitucional peruano y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Gonzales, 2011, p. 172).

7. El Tribunal Constitucional del Perú en forma reiterada ha consagrado esta doctrina intrínseca de la función social, así por ejemplo en el Exp. No 0048-2004-PI/TC, ha establecido que:

Fundamento 78. “Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace mas que referirse a la **función social** que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”.

Fundamento 79. “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas

que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de derechos y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”.

8. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional a tenor del artículo 70°, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley (fundamento 76 de la sentencia del 01-04-2005. Exp. 0048-2004-PI/TC).

9. Para DAVID HUME la razón última de la institución de la propiedad debe su existencia a su utilidad para la sociedad (San Emeterio Martín, *Ibídem*: p.283).

10. ADAM SMITH dentro de la misma orientación del iusnaturalismo de la propiedad, sostiene que el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, es el contenido moral que surge de ese acto el verdadero fundamento de la propiedad (San Emeterio Martín, *Ibídem*, p. 307).

3.- PÉRDIDA DE DOMINIO

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El dominio es el poder absoluto que tiene alguien sobre algo. Se da sobre las cosas, por lo que en general coincide con la propiedad, de la que se puede disponer a antojo del dueño, mientras no cause perjuicio a terceros. El dominio como sinónimo de propiedad, puede ser público o privado, según las cosas

estén dentro del patrimonio de las personas particulares, ya sean físicas o jurídicas, o se trate de bienes de propiedad estatal (<http://deconceptos.com>).

Cuando la comisión de un ilícito penal produce efectos o ganancias, generando un patrimonio criminal, el ordenamiento jurídico responde privando de dicho "patrimonio" a los agentes del mismo (o también a eventuales terceros), disponiendo que la titularidad de los bienes o derechos que integran el mismo pase al Estado sin contraprestación o costo alguno. Esto es, se priva a los agentes de los efectos o ganancias del delito, como una medida de autoprotección de parte del sistema o como una especie de "profilaxis jurídica" (Gálvez y Delgado, 2009, p. 55).

3.2. DEFINICIÓN

La pérdida de dominio de acuerdo con el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1104, es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso. La adquisición o destino de bienes obtenidos ilícitamente, no constituye justo título, salvo en el caso del tercero adquirente de buena fe.

3.3. ALCANCES DE LA LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO

ANTECEDENTES DEL DECRETO LEGISLATIVO 1104

El Congreso de la República mediante Ley No 29009 publicado el 29-04-2007 en el diario oficial El Peruano, delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro,

extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de 60 días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación de esta norma. Cáceres (2008), señala que la finalidad de esta delegación de funciones para que el ejecutivo creara un paquete normativo con el fin de adoptar e implementar una estrategia integral a fin de combatir los delitos mencionados, para ejecutar las siguientes medidas:

- Establecer una estrategia integral dirigida a combatir el crimen organizado en general y, en especial, sobre los delitos antes indicados.
- Definir con precisión la configuración de la flagrancia de estos delitos para permitir la participación de la Policía Nacional del Perú.
- Modificar el Código Penal y las normas penales específicas, a fin de tipificar nuevas conductas penales, perfeccionar los tipos penales y establecer nuevas penas.
- Modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal para rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas.
- Modificar el Código de Ejecución Penal a fin de adecuar este cuerpo normativo a las modificaciones que se introduzcan en el Código Penal.
- Establecer un marco normativo que facilite eficazmente la extradición y el traslado de condenados, por los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso.

En ese contexto, el 22 de julio del año 2007, fueron publicados en el diario oficial El Peruano diversos Decretos Legislativos que modifican normas

penales, procesal penal y de ejecución penal. Dentro de ellos se publicó el Decreto Legislativo No 992 que fue modificado por la Ley No 29212, complementado por su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No 010-2007-JUS y su modificatoria del Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo No 012-2007-JUS.

Este Decreto Legislativo No 992 tenía por objeto determinar los mecanismos jurídicos destinados a efectivizar una institución creada para armonizar el patrimonio del ciudadano con el bien común que señala el artículo 70° de la Constitución. Así el proceso de pérdida de dominio surge como un instrumento para extinguir la propiedad o posesión por haber sido adquirido por medios no permitidos por la Ley, y estimular la adquisición del patrimonio en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley.

Posteriormente en fecha 19 de abril del 2012, se publicó el Decreto Legislativo No 1104, que deroga el Decreto Legislativo No 992, modificado por Ley 29212, considerando que la legislación vigente hasta ese momento adolecía de deficiencia se imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, al coexistir en la práctica con las normas generales y especiales sobre incautación y decomiso de bienes, lo cual hace indispensable determinar con claridad el marco normativo aplicable y las competencias específicas en cada caso.

El artículo 2°.2 del Decreto Legislativo No 1104, establece que la pérdida de dominio se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos o ganancias de los siguientes delitos: **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro,**

extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

En la parte expositiva de este Decreto Legislativo 1104, se indica: **“Que, la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal que, por el principio de igualdad, debe ser aplicable a todos los delitos, que por su lesividad y trascendencia social, ameritan la intervención inmediata y severa del Estado...”**. Empero en el artículo 2°.2 se ha previsto para un número reducido de delitos y en aquellos delitos en agravio del Estado. De otro lado en el artículo 5°.1 se ha establecido que: **“La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva”**. De acuerdo con la parte expositiva y el artículo 5°.1 de esta ley se puede colegir que es para todo tipo de delitos, empero el artículo 2°.2 de la misma ley limita su aplicación a determinados delitos.

Gálvez y Delgado (2009, 98), haciendo una crítica a los alcances de la acción de pérdida regulado por ley 29212, y la legislación colombiana y criterios de la Corte Constitucional de aquel país, señalan que la Ley no está referida a la extinción de dominio en general sino sólo a los casos en que los bienes o activos a afectarse tienen origen delictivo. En el caso peruano consideran que la pérdida de dominio según su real naturaleza es una acción real de decomiso

autónoma del proceso penal. Manifiestan: “Con ello no abogamos por la restricción del ámbito de aplicación de esta acción, al contrario, **propiciamos su aplicación en todos los casos provenientes de cualquier delito** (resaltado nuestro), evitando la restricción de la aplicación de la medida sólo a seis (6) delitos...”. El Decreto Legislativo 1104 viene a constituir un importante avance al ampliar para quince delitos, sin embargo existen fundamentos de peso a favor de su ampliación a todo tipo de delitos, tal como más adelante se desarrolla.

En la exposición de motivos del Proyecto de Ley No 2658/2008-CG, presentado por la Contraloría General de la República al Congreso en fecha 03-09-2008¹⁷, se indica que debe ampliarse su aplicación a los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, en mérito a los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Perú en materia de lucha contra la corrupción, como son la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, que son delitos cometidos por funcionarios públicos. En los referidos acuerdos, los Estados partes se han comprometido, entre otros, a implementar medidas sobre los bienes obtenidos o que sean consecuencia de actos de corrupción. Siendo su fundamento importante de esta propuesta ayudar a prevenir y combatir las prácticas corruptivas, que afectan el orden moral y el funcionamiento del aparato estatal y recordar la obligación y el deber que tienen las personas especialmente en el ejercicio de la función pública, para actuar con apego a las normas y fines que rigen la vida de la comunidad.

¹⁷ Exposición de motivos, formulado por la Contraloría General de la República al presentar el Proyecto de ley No 2658/2008-CG de fecha 03-09-2008, Proyecto de Ley para modificar el Decreto Legislativo No 992, que regula el proceso de pérdida de dominio, en virtud de la facultad de iniciativa legislativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú.

3.4. NATURALEZA JURÍDICA

Gálvez y Delgado (2009:91), señalan que la acción de pérdida o extinción de dominio es la acción real, patrimonial y autónoma, establecida para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o patrimonio criminal, es decir, de los instrumentos, efectos o ganancias del delito.

Es real, porque se dirige contra los bienes, activos o derechos independientemente de quien los posea o detente (no se dirige a las personas).

Es patrimonial, porque está dirigida contra los bienes o activos que supuestamente integran el patrimonio del agente del delito, y porque a través de esta acción se establecen los derechos patrimoniales del Estado sobre los bienes activos materia de la acción.

Es autónoma, porque es independiente de cualquier otra acción civil o penal orientada a imputar responsabilidad penal, civil resarcitoria o de cualquier otra índole contra los aparentes titulares de los bienes o activos afectados. El ejercicio de la acción de pérdida de dominio, no depende del proceso penal, por el contrario se realiza fuera de éste.

Para Cáceres Julca (2008, 34), la ley de pérdida de dominio crea un supuesto nuevo de pérdida de propiedad o de la posesión, toda vez que agrega que a los supuestos de extinción de la propiedad regulada constitucionalmente, tales como la expropiación. Para sostener ello recurre al razonamiento de la Defensoría del Pueblo, que considera que se trata de nueva forma de extinción de la propiedad que tiene por finalidad terminar el vínculo real entre el propietario y el bien, a favor del Estado. Se genera por el origen ilícito de la relación de propiedad y en caso de concretarse la pérdida de dominio no existe

ninguna contraprestación por parte del Estado, precisamente por este tipo de origen.

Por su parte Gálvez y Delgado (2009, 94), sostienen que la acción de pérdida de dominio, no crea un nuevo supuesto de pérdida de propiedad o de la posesión, puesto que la pretensión de pérdida de dominio lo único que busca es una resolución declarativa respecto de la titularidad del Estado, mas no una extinción de propiedad del demandado, ya que este derecho a su favor no ha nacido ni se ha consolidado. Salvo el caso de los instrumentos del delito, en los cuales existe derecho de propiedad del agente del delito o de terceros, o el caso de decomiso por valor equivalente.

Para determinar cuál de las posturas resulta más coherente, debemos recurrir a lo dispuesto en el artículo 70° de la Constitución establece que:

“El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

De otro lado el numeral 16 del artículo 2° de la Constitución establece que: “Toda persona tiene derecho: [...]. 16) A la propiedad y a la herencia”. De lo que se desprende que la propiedad constituye un derecho fundamental constitucionalmente protegido (Gálvez y Delgado, 2009).

Establecido que la propiedad es un derecho fundamental, del cual sólo se puede privar por seguridad nacional o necesidad pública, queda claro que es posible privar de la propiedad o dominio previo pago del justiprecio en aquellos supuestos que establece la Constitución. Empero en los casos de derechos y/o

títulos de bienes de procedencia ilícita, no existe derecho de propiedad que merezca protección constitucional, precisamente por su origen ilícito, que no puede generar derechos. Sólo genera derechos susceptibles de protección por el ordenamiento jurídico, cuando los bienes o derechos son obtenidos de manera lícita y la buena fe.

Por lo que la segunda tesis resulta más aceptable recurriendo a los principios de buena fe y la licitud, puesto que la ilicitud nunca genera derechos. Entonces los derechos y/o títulos sólo pueden merecer protección Constitucional, cuando son adquiridos a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico. Ello se desprende además del propio texto del artículo 1° de la Ley 29212, cuando señala que la adquisición o destino de bienes obtenidos ilícitamente no constituye justo título.

Conforme a la Constitución, no se puede privar de la propiedad a una persona, más que por expropiación, previo justiprecio, mientras que en el caso del patrimonio criminal es aplicable el decomiso, ya sea en el propio proceso penal o en un proceso autónomo. El decomiso significa la pérdida del aparente derecho de propiedad que pudiera detentar el agente del delito sobre los bienes decomisables (Gálvez y Delgado, 2009).

3.5. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO

El fundamento de la acción de pérdida de dominio, radica en la extinción de la propiedad por origen ilícito, que se encuentra contenido de modo implícito en el artículo 70° de la Constitución, cuando establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites fijados por la Ley (Cáceres, 2008, p. 33).

El ejercicio dentro de los límites de la Ley, comprende que las leyes delimiten o en algunos casos restrinjan el derecho del propietario a la adquisición, uso y disfrute de su patrimonio a fines acordes a la Ley. El ejercicio de los derechos de propiedad o de posesión deben guardar concordancia y correspondencia con el bien común, esto implica que su utilización no afecte los objetivos sociales de la comunidad (Cáceres, *Ibídem*).

Gálvez y Delgado (2009, 101), señalan que el fundamento de la acción de pérdida de dominio, es el mismo que sustenta el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, esto es el producto del delito o "patrimonio" criminal. Asimismo indican que el fundamento dependerá de si se trata de instrumentos del delito o del patrimonio criminal (efectos y ganancias). En el primer caso su fundamento es la peligrosidad de los instrumentos, en el segundo es la necesidad de privar a los detentadores o agentes del delito de los bienes o derechos ilícitamente obtenidos.

La Corte Constitucional Colombiana justifica la extinción de dominio en la moral pública y valores éticos, cuando señala que el "grave deterioro de la moral pública y de los valores éticos que ha venido padeciendo nuestra sociedad en las últimas décadas y que han adquirido dimensiones alarmantes, fenómeno que se ha traducido en una desenfrenada corrupción, no sólo a nivel de la administración pública en general sino también de los particulares. En ambos casos, ha sido evidente la incidencia funesta del narcotráfico y su enorme poder corruptor, que ha penetrado ostensiblemente en casi todas las esferas de la sociedad colombiana" (CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-319 del 18-07-1996. Vladimiro Naranjo Mesa. En *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 20:57-81, 2003).

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, en su dictamen recaído en el Proyecto de Ley No 857/2006-PE¹⁸, de fecha 08-05-2008, que propone **Ley que regula el proceso de pérdida de dominio**, vía un proceso sumario, en lugar del Decreto Legislativo No 992, modificado por Ley 29212, en relación al patrimonio criminal, la Comisión aporta un fundamento importante considerando a la economía social de mercado como pilar fundamental del sistema económico del país, que debe ser protegido, señalando que:

“En ese marco el proyecto se orienta básicamente a regular los efectos patrimoniales de ese tipo de manifestación delictiva, fuera del ámbito penal. La propuesta parte de la premisa de que el modus operandi de las organizaciones criminales actuales atentan la economía social de mercado, pilar fundamental del sistema económico del país. Por esa razón, el dinero que ha servido de medio para ese tipo de operaciones no puede ingresar a la esfera de la economía legal y formal, debiendo ser excluido, pues de lo contrario se crearía un colapso al interior del sistema”.

El Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC. F.J. 13, 16 y 17, ha establecido que la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. Está caracterizada, fundamentalmente por tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que

¹⁸La Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en aquel dictamen ha estimado por no aprobar el Proyecto materia de dictamen, sin embargo existen fundamentos importantes que pueden ser tomados en cuenta.

debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios. c) Un Estado subsidiario y solidario; de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. En suma se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social. En el aspecto jurídico, en el Estado social y democrático de derecho, el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona; esto es, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el despliegue más acabado de las potencialidades humanas sobre la base del principio de libertad. Además señala que la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. La economía social de mercado como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una "tercera vía" entre el capitalismo y el socialismo (Rioja, 2011, p. 232-233).

En ese contexto el rol económico del Estado, conforme al artículo 59° de la Constitución, consiste en estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de

estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. La libertad de comercio consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que implique el ejercicio de una profesión liberal (Exp. N° 3330-2004-AA, 11-07-2005, P. FJ.13. En la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Diálogo con la Jurisprudencia, 2006, p. 423).

En el Proyecto de Ley No 2658/2008-CG presentado por la Contraloría General de la República, en fecha 03-09-2008, que propuso modificar el artículo 2° del Decreto Legislativo No 992, modificado por ley 29212, incorporando los delitos cometidos por funcionarios públicos, tales como: concusión, colusión, cohecho, peculado y tráfico de influencias, en la exposición de motivos como uno de los fundamentos se ha indicado "que las personas que integran toda sociedad, especialmente en ejercicio de la función pública, para actuar con apego a las normas y fines que rigen la vida en comunidad, lo cual, en el ámbito del derecho de propiedad, determina que la adquisición de bienes deben ser necesariamente mediante operaciones que tienen una finalidad lícita, en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la constitución y las normas legales, lo que determina que nadie pueda ejercer las atribuciones y garantías reconocidas a la propiedad en desmedro de los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, ni beneficiarse de los productos y frutos generados por dichas acciones". De lo expuesto se puede advertir que la propiedad sobre los bienes sólo puede merecer

protección del ordenamiento jurídico cuando son adquiridos mediante una finalidad lícita, de lo contrario si son obtenidos de manera ilícita procede la pérdida de dominio, como mecanismo destinado a atacar la estructura económica que sostienen las prácticas corruptivas, como estrategia de desestimulo y desincentivo para dichas prácticas.

3.6. BIENES SUJETO A LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO

De acuerdo con el artículo 5° del Decreto Legislativo 1104, procede la acción de pérdida de dominio:

1. Sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.
2. Sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.
3. Sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.
4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

La Ley 29212 en su artículo 2°, consideraba como bienes a todo aquello que sea susceptible de valoración económica: muebles o inmuebles, tangibles o intangibles; dinero, o aquellos sobre los cuales pueda recaer cualquier derecho o título. Igualmente, se entiende por tales, todos los frutos y productos de los mismos.

Comprenden objeto de la acción de pérdida de dominio los bienes inmuebles de cualquier clase, los muebles, como las joyas, dinero, maquinarias, cualquier clase de vehículos, naves, aeronaves, depósitos bancarios, derechos sobre títulos valores, etc.; incluso serán considerados los frutos y productos de los mismos, siempre que no se afecte los derechos de los terceros de buena fe. También se incluyen dentro de los bienes posibles de afectación con esta acción a los que formen la masa hereditaria de un extinto, siempre que constituyan efectos y ganancias del delito (Gálvez y Delgado, 2009).

3.7. PATRIMONIO CRIMINAL

La adquisición de los derechos reales o la validez de la titularidad sobre cualquier derecho, debe estar protegida por el ordenamiento jurídico; es decir, deben realizarse conforme a derecho, jamás contradiciéndolo y menos a través de la comisión de un delito. Si ello es así, el producto del delito (efectos o ganancias) no integra el patrimonio del agente del delito; puesto que sobre estos bienes no tiene derecho real alguno. En estos casos sólo se produce una situación fáctica ilícita condenada por el propio Derecho (Gálvez y Delgado, 2009, p. 68).

La situación de ilicitud del patrimonio criminal en poder de los agentes del delito, implica un alto grado de peligrosidad determinado por la posibilidad de que pueda ser utilizado en la comisión de otros delitos, generando un efecto multiplicador de enormes proporciones, así como la falta de probabilidad de que los remanentes de su accionar pueda ser introducido en el circuito económico legal a través de acciones de lavado de activos. Ante ello resulta imprescindible el decomiso de todo el "patrimonio criminal", ya sea en el propio proceso penal o en un proceso autónomo a través de la pretensión de decomiso (Gálvez y Delgado, 2009, p. 69).

El patrimonio criminal está constituido por efectos, ganancias e instrumentos.

a) Instrumentos del delito.- Constituyen instrumentos del delito los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción hayan servido para su ejecución. Por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión de robo o los medios de los que se haya valido el falsificador (Gálvez y Delgado, 2009, p. 70). Son aquellos elementos materiales a través de los cuales los autores de una infracción penal se han valido para perpetrar, cometer, completar o encubrir el hecho delictivo (Cáceres, 2008).

a) Efectos del delito.- Constituyen efectos del delito los objetos producidos mediante la acción delictiva. Por ejemplo los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Son elementos o bienes de ilícito comercio, por lo que su tenencia o posesión por parte del agente del delito o sus partícipes puede entrañar un peligro para la

colectividad o para determinadas personas (Gálvez y Delgado, 2009, p. 73). También se consideran efectos del delito, aun cuando en general se pueden confundir con las ganancias, al dinero o bienes que pueden obtenerse directamente de la comisión del delito, como el recibido por el sicario en un delito de asesinato, o las utilidades obtenidos en la venta de la droga o de las actividades fraudulentas configurativas de la estafa, etc. (Gálvez y Guerrero, 2009, p. 74). Nakazaki (2013, 426), citando a Zaffaroni, afirma que los efectos del delito son los objetos que el delincuente obtiene con la realización de la conducta típica.

b) Ganancias del delito.- Se considera ganancias a los efectos mediatos del delito; es decir, los bienes, derechos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a raíz de la comisión del delito, pero cuyo origen o génesis no está directa ni inmediatamente vinculado a la acción delictiva, sino sólo de modo mediato; esto es, las ganancias constituyen frutos o rentas de un efecto directo. No son directamente producidas por la acción delictiva. Así, son ganancias, el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como en el caso de las operaciones sobre los efectos del delito, como en el caso de las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas. La ganancia es un fruto de los efectos directos del delito. Estos frutos, pueden ser naturales, cuando provienen del bien sin intervención humana; industriales, cuando son producidos por el bien con intervención humana; o civiles, cuando son producto de una relación jurídica de disposición, intercambio, arrendamiento, etc. O cuando el

propio bien produce una renta específica, como en el caso de los intereses, cuando se trata de dinero (Gálvez y Delgado, 2009, p. 78). Asimismo las ganancias pueden provenir de actos jurídicos lícitos realizados con los efectos del delito, al contrario de lo que sucede con los efectos del delito o productos inmediatos de la actividad criminal, en los que su obtención siempre es ilícita, pues los produce la propia acción delictiva; tales son los casos del dinero obtenido por la venta de la droga, de los beneficios obtenidos de la estafa o del dinero obtenido por el sicario. En los casos de bienes obtenidos mediante hurto, robo, etc., éstos no son efectos ni ganancias, sino objeto del delito, el mismo que no puede ser materia de decomiso. Igualmente las utilidades que hubieran obtenido a partir de estos objetos, tampoco serán materia de decomiso, por el contrario, constituyen frutos que deben ser entregados a su titular conjuntamente con los bienes objeto del delito (Gálvez y Delgado, 2009, p. 79). El fundamento para su decomiso principalmente responde a la finalidad de restablecer el orden económico, producido por el enriquecimiento indebido, un provecho ilícito, por lo que deben ser privados de las ganancias.

El ACUERDO PLENARIO 5-2010/CJ-116¹⁹, en su fundamento noveno ha establecido que:

¹⁹Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de la Sala Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante el ACUERDO PLENARIO 5-2010/CJ-116, de fecha 16-11-2010, han establecido como doctrina legal a ser invocada por los jueces de todas las instancias judiciales, determinadas pautas sobre la incautación, así en el fundamento noveno se indica que la incautación cautelar (artículo 316°.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley, luego procede a especificar cada uno de dichos supuestos.

a) Los efectos del delito, son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.

b) Los instrumentos del delito o instrumenta scaeleris, son los objetos que, puesto en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

c) Los objetos del delito, son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica. En estos casos la incautación como medida procesal procede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102° CP).

Con el Decreto Legislativo N° 1104 se amplía el patrimonio criminal a los objetos del delito. Al respecto el autor Nakazaki Servigón (2013, p. 425), citando al Maestro español Luis JIMENEZ DE ASÚA, define que los objetos del delito es toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley. Asimismo señala que los objetos del delito no ingresan al patrimonio del delincuente, por el contrario pertenecen a otro, la víctima.

La CICAD²⁰, ha recomendado que estos bienes (que constituyen el patrimonio criminal) debe ser utilizado por el Estado para resarcir a la sociedad

²⁰CICAD, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, de la Organización de los Estados Americanos, en su informe final de la XXX reunión del grupo de expertos para el

todo aquel daño que las actividades ilícitas le causan; por lo que deben hacerse esfuerzos conjuntos en llevar experiencias positivas de otros países a los sistemas jurídicos nacionales que se requiera.

3.8. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO

Las principales características del proceso de pérdida de dominio según Cáceres Julca (2008, 38-ss) podemos resumir los siguientes:

- a) Tiene amparo constitucional.-** Se encuentra previsto en el artículo 70° de la Constitución. El derecho de propiedad o posesión sólo se ejerce sobre bienes adquiridos conforme a ley. La adquisición ilícita no constituye justo título conforme lo señala el artículo 1° de la Ley de pérdida de dominio. El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad haya sido obtenida dentro de los márgenes que prescribe el Código Civil. No se protege el patrimonio o las ganancias que provienen de las actividades ilícitas.
- b) Está subordinada la comisión de un delito.-** Esta acción está subordinada a la comisión de un delito, no puede ser independiente de la responsabilidad penal, así su nacimiento depende de ella: si no se demuestra la vinculación a alguno de los delitos a los que se refiere la norma, no hay lugar a la extinción del dominio.

control del lavado de activos. Reunión del Subgrupo de trabajo de Decomiso, realizado los días 13 y 14 de Mayo de 2010, en Washington, D.C. Estados Unidos, en sus conclusiones y recomendaciones han hecho recomendaciones para que en los países en donde se requiera se incorporen en sus sistemas jurídicos las experiencias positivas que han sido desarrollados en dicho informe.

- c) **Es una acción de naturaleza real.**- Por lo que la persecución del bien es independiente de la persona titular del bien. Así procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independiente de quien ostente la posesión o propiedad incluso. Alcanza a los bienes objeto de sucesión intestada o testamentaria, tal como establece el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 992 modificado por el último párrafo del artículo 5° de la ley N° 29212.
- d) **Es prescriptible.**- De acuerdo con el Decreto Legislativo No 1104, prescribe a los 20 años.
- e) **Es autónoma.**-Esta acción tiene un objeto propio, causales independientes, procedimiento propio. Es un proceso autónomo al proceso penal, civil o administrativo.

3.9. LA ACCION DE PÉRDIDA DE DOMINIO EN EL DERECHO COMPARADO

a) **COLOMBIA.**- En caso de Colombia, la figura de extinción de dominio, se encuentra regulado en la Constitución de 1991, que establece:

“Art. 43: Inciso segundo: No obstante, por sentencia judicial se declara extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.”

La Ley 793 del 27 de Diciembre del 2002, sancionado por el Presidente Álvaro Uribe Vélez, constituye una estrategia para agilizar sus proyectos de

Justicia y Paz; convirtiendo esta acción en uno de los pilares contra la corrupción en Colombia. El artículo 2° de dicha Ley²¹, establece:

ARTÍCULO 2°. CAUSALES. Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial, cuando ocurriere cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.
2. El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.
3. Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.
4. Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.
5. Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.
6. Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a

²¹LEY 793 del 2002, modificado por el artículo 72° de la Ley 1415 del 2011, por la cual se derogó la ley 333 de 1996. Diario Oficial No 45.046 del 27 de diciembre del 2002 del Congreso de Colombia. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0793_2002.html

ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.

7. Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso.

PARÁGRAFO 1o. El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición y el origen lícito de los bienes.

PARÁGRAFO 2o. Las actividades ilícitas a las que se refiere el presente artículo son:

1. El delito de enriquecimiento ilícito.
2. Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público y que correspondan a los delitos de peculado; interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

3. Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, el secuestro extorsivo, la extorsión, el proxenetismo, la trata de personas y el tráfico de inmigrantes.

b) REPUBLICA DOMINICANA.- En la Constitución Política de la República Dominicana podemos observar la regulación de la extinción de dominio en el literal 6 del artículo 51° que menciona²²:

“Artículo 51.- Derecho de propiedad. El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes.

1) a 5)...

6) La ley establecerá el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico”.

c) GUATEMALA.- En Guatemala se halla regulada la Extinción de Dominio mediante Decreto Número 55-2010²³, que establece en los siguientes términos:

²²GAMBOA MOTEJANO, Claudia: (2012): *EXTINCIÓN DE DOMINIO*: Estudio de Derecho Comparado a Nivel Internacional y Estatal de México. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spi/SAPI-ISS-60-12.pdf>

ARTICULO 2. DEFINICIONES.- Para la aplicación de la presente Ley, regirán las definiciones siguientes:

a) **Actividades ilícitas o delictivas:** Se entenderán por actividades ilícitas o delictivas que darán lugar a la aplicación de la presente Ley, las acciones u omisiones tipificados como delitos, cometidos por la delincuencia común o por la organizada, siguientes:

a.1 Tránsito internacional; siembra y cultivo; fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; transacciones e inversiones ilícitas; asociaciones delictivas; procuración de impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción; encubrimiento real y encubrimiento personal contenidos en el Decreto Número 48-92 del Congreso de la República, Ley Contra la Narcoactividad.

a.2 Lavado de dinero u otros activos, contenido en el Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República, Ley Contra el Lavado de Activos u Otros Activos.

a.3 Ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales, contenido en la Ley de Migración, Decreto Número 95-98 del Congreso de la República.

²³DECRETO NUMERO 55-2010. Decretado por el Congreso de la República de Guatemala. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/gtm/sp_gtm_extincion.pdf.

a.4 Financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero, contenido en la Ley para Prevenir y Reprimir el Financiamiento del Terrorismo. Decreto Número 58-2005, del Congreso de la República.

a.5 Peculado; Malversación; concusión; fraude; colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato, cuando se realice por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro; plagio o secuestro; estafa propia, cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable, cuando el agraviado sea el Estado; trata de personas; extorsión; terrorismo; intermediación financiera, quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda; introducción de moneda falsa o alterada; contenidos en el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, Código Penal y sus reformas.

a.6 La defraudación aduanera y el contrabando aduanero, contenidos en el Decreto Número 58-90 del Congreso de la República. Ley Contra la Defraudación y el Contrabando Aduanero y sus reformas.

a.7 Conspiración; asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada; entrenamiento para actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción extorsiva de tránsito y obstrucción de justicia, contenidos en el Decreto

Número 21-2006 del Congreso de la República, Ley Contra la Delincuencia Organizada.

c) HONDURAS.- Es otro de los países que cuenta con una Ley específica en materia de extinción de dominio, denominado Ley Sobre Privación Definitiva de Dominio de Bienes de Origen Ilícito²⁴. Establece:

ARTICULO 2.- OBJETO. Esta Ley tiene por objeto regular:

- 1) La identificación, localización, recuperación, aseguramiento de bienes o activos, y la privación definitiva del derecho de dominio de los bienes, productos, instrumentos, ganancias de origen ilícito o que no tengan causa económica o legal de su procedencia.
- 2) (...)

ARTICULO 3.- DEFINICIONES. Para los efectos de esta Ley se debe entender por:

1) (...)

12) ACTIVIDAD ILICITA: Es aquella actividad cometida con transgresión de la Ley, tales como el enriquecimiento ilícito, lavado de activos, la narcoactividad, terrorismo, financiamiento al terrorismo, tráfico de personas, el secuestro extorsivo, chantaje, explotación sexual comercial,

²⁴DECRETO No 27-2010. LEY DE PRIVACION DEFINITIVA DEL DOMINIO DE BIENES DE ORIGEN ILICITO. Publicado el 16-06-2010. La Gaceta de República de Honduras. Tegucigalpa. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/Ley%20sobre%20privación%20definitiva%20del%20dominio%20de%20bienes%20de%20origen%20ilícito.pdf>.

el tráfico de órganos humanos, el asesinato mediante pago, recompensa o promesa, así como otras que atenten contra:

- 1) La salud pública de la población del Estado de Honduras.
- 2) La economía.
- 3) La administración pública.
- 4) La propiedad.
- 5) Los recursos naturales y el medio ambiente.
- 6) La libertad y seguridad, y,
- 7) La seguridad interior o exterior del Estado de Honduras y cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes, productos, instrumentos o ganancias sin causa económica o legal de su procedencia.

3.10. LA PÉRDIDA DE DOMINIO EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Esta Convención sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, sobre el derecho de propiedad privada en su Art. 21° establece lo siguiente:

- “1) Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2) Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés

social y en los casos y según las formas establecidas por ley...”

(Bidar Campos, 1995: 495).

3.11. ANÁLISIS DE LOS ALCANCES DE PÉRDIDA DE DOMINIO

El artículo 2°.2 del Decreto Legislativo No 1104, limita la aplicación de la pérdida de dominio para privar del patrimonio criminal a los agentes de los delitos de **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal** y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Esta figura legal por el principio de legalidad -tal como se señala en la parte expositiva de la citada norma-, debería ser aplicada a todo tipo de delitos. Al respecto los autores Gálvez y Delgado (2009:98), son del criterio que su aplicación sea a todos los casos provenientes de cualquier delito, evitando la restricción de la aplicación a determinados delitos. Por otro lado, la CICAD²⁵ haciendo un estudio de la legislación en los países de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, República Dominicana, Panamá y Uruguay, sobre la extinción de dominio de bienes abandonados o no reclamados en el proceso judicial, con relación a las motivaciones fundamentales que informa la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, conscientes de que el tráfico ilícito genera rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y

²⁵CICAD: Comisión Interamericana para el control del abuso de Drogas. Informe Final.

corromper las estructuras de la administración pública, comerciales y financieras ilícitas y la sociedad a todos sus niveles, ha señalado que existen coincidencias y diferenciales que pueden permitir enriquecer y fortalecer posturas propias y de bloque contra la delincuencia organizada. En la XXV reunión de Expertos para el control de lavado de Activos, realizado en México en octubre del 2008, en la comisión de Subgrupo de Decomiso, así como en la XXVI reunión de Expertos celebrado en Uruguay, con el objeto de recopilar los diferentes procedimientos que prevé la legislación de cada uno de los países sobre decomiso de bienes, los expertos han analizado la legislación sobre este tema, recomendando se vincule a los países que carecen de normativa o que disponen de alguna que hace difícil el decomiso de los bienes abandonados o no reclamados, para que incorporen en su legislación interna, soluciones concretas y específicas, por medio de la incorporación del artículo 9.4 del Reglamento Modelo de la CICAD. Estos estudios de expertos son avances importantes para hacer frente a la criminalidad organizada en forma conjunta, no sólo en los procedimientos, sino también en sus alcances, puesto que gradualmente se ha venido ampliando su aplicación después del tráfico ilícito de drogas y lavado de activos a otros que forman parte de la criminalidad organizada.

En la legislación colombiana la extinción de domino procede además del delito de enriquecimiento ilícito, a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra

el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva; los delitos que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la administración pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, el secuestro extorsivo, la extorsión, el proxenetismo, la trata de personas y el tráfico de inmigrantes. **Haciendo** una comparación en nuestra legislación por ejemplo no se ha considerado los delitos monetarios, actividades monopólicas, delitos contra el patrimonio destinados a la seguridad y defensa nacional, delitos contra la salud pública, el orden económico y social, la seguridad pública, proxenetismo y otros.

En la legislación de Guatemala, se ha considerado para los delitos cometidos por la delincuencia común o por la organizada, siguientes: tráfico ilícito de drogas en sus diferentes modalidades y delitos conexos, lavado de activos, ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales, financiamiento del terrorismo. Asimismo los delitos de Peculado; Malversación; concusión; fraude; colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato, cuando se realice por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro; plagio o secuestro; estafa propia, cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable, cuando el agraviado sea el Estado; trata de personas; extorsión; terrorismo; intermediación financiera, quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda; introducción de moneda falsa o alterada. Igualmente la defraudación aduanera y el contrabando aduanero; Conspiración; asociación ilícita; asociación ilegal de gente armada; entrenamiento para

actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción extorsiva de tránsito y obstrucción de justicia. En la legislación peruana no está previsto para los delitos de colusión, fraude, colusión, asesinato, estafa, quiebra fraudulenta, delitos monetarios, conspiración, asociación ilícita para delinquir, comercialización de vehículos robados, obstrucción de vías de comunicación y delitos contra la administración de justicia.

En la legislación de Honduras, se precisa para los delitos de enriquecimiento ilícito, lavado de activos, la narcoactividad, terrorismo, financiamiento al terrorismo, tráfico de personas, el secuestro extorsivo, chantaje, explotación sexual comercial, el tráfico de órganos humanos, el asesinato mediante pago, recompensa o promesa, así como otras que atenten contra: la salud pública de la población del Estado de Honduras, la economía, la administración pública, la propiedad, los recursos naturales y el medio ambiente, la libertad y seguridad, la seguridad interior o exterior del Estado de Honduras, y cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes, productos, instrumentos o ganancias sin causa económica o legal de su procedencia. En comparación con dicha legislación en el caso peruano, no se ha incluido los delitos tales como financiamiento del terrorismo, chantaje, explotación sexual comercial, tráfico de órganos humanos, asesinato, delitos contra la salud pública, la propiedad, la libertad y seguridad. Además incluye una cláusula abierta para cualquier otra actividad que cause el incremento patrimonial de manera ilícita.

En la legislación comparada tal como podemos verificar, si bien se precisa la extinción de dominio para determinados hechos delictivos, empero

comprende mayor número de delitos, y se halla previsto tanto para delitos de criminalidad organizada y delitos comunes, delitos cometidos por particulares y por funcionarios y servidores públicos, sean en agravio del Estado o de particulares, cuando se produce un incremento patrimonial a través de una actividad ilícita, con la clara tendencia a que puede ser extendida para todos los delitos que generen incremento patrimonial ilícita, tal como ocurre con la legislación de Honduras.

En el caso peruano, la pérdida de dominio, debe ser por lo menos extendida en su aplicación a los delitos que prevén otras legislaciones, puesto que tal como la CICAD ha recomendado, debemos unificar criterios no sólo en los procedimientos sino en sus alcances, para hacer frente a la criminalidad que en sus diversas formas, afectan a la estabilidad económica, política y social.

3.12. CONCLUSIONES:

1) La pérdida de dominio, como sostienen los autores Gálvez y Delgado (2009:91) es una acción real, patrimonial y autónoma, establecida para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o patrimonio criminal, es decir, de los instrumentos, efectos o ganancias del delito. **Es real**, porque se dirige contra los bienes, activos o derechos independientemente de quien los posea o detente (no se dirige a las personas). **Es patrimonial**, porque está dirigida contra los bienes o activos que supuestamente integran el patrimonio del agente del delito. **Es autónoma**, porque es independiente de cualquier otra acción civil o penal orientada a

imputar responsabilidad penal, civil resarcitoria o de cualquier otra índole contra los aparentes titulares de los bienes o activos afectados.

2) La pérdida de dominio, en la legislación peruana se encuentra limitado en su aplicación a los siguientes delitos: **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal** y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado (Art. 2° del D.Leg. 1104).

3) El fundamento de la acción de pérdida de dominio, es el mismo que sustenta el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, que constituye el "patrimonio" criminal. En el caso de los instrumentos es la peligrosidad, mientras que en los efectos y ganancias, es la necesidad de privar a los agentes del delito de los bienes o derechos ilícitamente obtenidos.

4) El **patrimonio criminal**, está constituido por los instrumentos, efectos y ganancias del delito. **Los instrumentos del delito**, están constituidos por los objetos que hayan servido para su ejecución. Son aquellos elementos materiales a través de los cuales los autores de una infracción penal se han valido para perpetrar, cometer, completar o encubrir el hecho delictivo (Cáceres, 2008). **Los efectos del delito.**- Constituyen los objetos producidos mediante la acción delictiva. Son elementos o bienes de ilícito comercio (Gálvez y Delgado, 2009:73). También se consideran efectos del delito los obtenidos directamente con la comisión del delito, como el recibido por el sicario en un delito de asesinato, o las utilidades obtenidos en la venta de la droga o de las actividades fraudulentas configurativas de la estafa, etc. (Gálvez

y Guerrero, 2009:74). **Las ganancias del delito.-** Son los bienes, derechos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a raíz de la comisión del delito. Constituyen ganancias los frutos o rentas de un efecto directo del delito. También el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas. Estos frutos, pueden ser naturales, industriales o civiles. Las rentas en el caso de los intereses, cuando se trata de dinero (Gálvez y Delgado, 2009:78). Asimismo las ganancias provenientes de actos jurídicos lícitos realizados con los efectos del delito, tales son los casos del dinero obtenido por la venta de la droga, de los beneficios obtenidos de la estafa o del dinero obtenido por el sicario (Gálvez y Delgado, 2009:79). El fundamento para su decomiso principalmente responde a la finalidad de restablecer el orden económico, producido por el enriquecimiento indebido, un provecho ilícito, por lo que deben ser privados de las ganancias.

5) De acuerdo con el artículo 5° del Decreto Legislativo 1104, están sujetos a la acción de pérdida de dominio, los siguientes bienes:

1. Aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.
2. Los bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.

3. Los bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.

4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

6) Sobre los bienes del patrimonio criminal, el agente del delito no tiene derecho real alguno. Sólo se produce una situación fáctica ilícita condenada por el propio Derecho (Gálvez y Delgado, 2009, p. 68).

7) En los casos de bienes y derechos y/o títulos de procedencia ilícita, no existe derecho de propiedad que merezca protección constitucional, puesto que la ilicitud no genera derechos.

8) La pérdida de dominio tiene como fundamento al principio de licitud, en base al cual los derechos y/o títulos sólo merecen protección Constitucional, cuando son adquiridos a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico.

9) La ley vigente presenta contradicciones en cuanto a sus alcances, así de la parte expositiva y el artículo 5°.1 del Decreto Legislativo 1104, se desprende que la pérdida de dominio debe ser para privar del patrimonio criminal a los agentes delictivos de todo tipo de delitos por el principio de igualdad, mientras que en el artículo 2°.2 se limita su aplicación a determinados delitos.

10) En la legislación comparada la extinción de dominio se halla prevista para un mayor número de delitos de los que prevé la legislación peruana. Así en la

4.3. ATRIBUTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 923° del Código Civil, señala que "La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien". Ramírez Cruz (2007, t. II:118) en base a esta norma indica que los atributos o derechos de la propiedad son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar.

4.4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad presenta las siguientes características (González, 2005:515): **Derecho real.**- Es un ámbito de poder que se ejerce en forma directa e inmediata (inherencia), generando la pertenencia de éste a un sujeto. **Derecho absoluto.**- Es la síntesis de todos los poderes sobre un bien y, por ello, es el derecho real de contenido más amplio. **Derecho exclusivo.**- Como consecuencia del "ser" de la propiedad, las ventajas de un bien son reservadas a una sola persona. El propietario tiene un monopolio, solo él tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece. Por tanto, dicho titular puede oponerse a la intromisión de cualquier tercero sobre su pertenencia, y para eso el ordenamiento le otorga los oportunos medios de tutela, como es el caso típico de la acción reivindicatoria. Esta facultad constituye el núcleo negativo de la propiedad privada. **Derecho perpetuo.**- La propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis de algunas propiedades temporales. Por eso se habla de que la propiedad es tendencialmente perpetua.

4.5. LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD

Según Vázquez Ríos (2003:67), las limitaciones pueden establecerse por necesidad, por utilidad pública o interés social y también por propia voluntad de las partes. El artículo 923° del Código Civil en su última parte dice que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. El interés social al que alude la norma, se expidió dentro de la vigencia de la Constitución de 1979, la cual decía, en su artículo 124°, que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. Mientras que la actual Constitución ha reemplazado en el artículo 70° por la noción del bien común. El bien común es el bien general, el bien de todos. El interés social, en cambio, es el que puede tener un grupo social determinado, es particular (Rivera Flores. En Derecho - Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA Arequipa, 2009, p. 86).

El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 00605-2008-PA/TC, ha establecido que los límites al derecho de propiedad no es un derecho absoluto desde el momento en que su reconocimiento se realiza en un ordenamiento donde coexisten otros derechos fundamentales, pero también una serie de bienes (principios y valores) constitucionalmente protegidos. En algunas oportunidades, dichos límites son implícitos; en otras explícitos (se encuentran reconocidas de modo expreso). Así, el artículo 70° de la Ley Fundamental señala que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En ese sentido, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales

colombiana se prevé además para los delitos monetarios, actividades monopólicas, delitos contra el patrimonio destinados a la seguridad y defensa nacional, delitos contra la salud pública, el orden económico y social, la seguridad pública, proxenetismo y otros. En la legislación guatemalteca en comparación con la peruana, incluye su aplicación además para los delitos de colusión, fraude, colusión, asesinato, estafa, quiebra fraudulenta, delitos monetarios, conspiración, asociación ilícita para delinquir, comercialización de vehículos robados, obstrucción de vías de comunicación y delitos contra la administración de justicia, figuras delictivas que no se hallan considerados en el caso peruano. En Honduras se aplica para los delitos de financiamiento del terrorismo, chantaje, explotación sexual comercial, tráfico de órganos humanos, asesinato, delitos contra la salud pública, la propiedad, la libertad y seguridad. Delitos que no se han incluidos en el caso peruano. Por otro lado concluye con una cláusula abierta cuando señala **“...cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes, productos, instrumentos o ganancias sin causa económica o legal de su procedencia”**. Lo que permite sostener que la tendencia es extender la aplicación de esta figura legal para cualquier tipo de delitos, sean de criminalidad organizada o comunes, cometidos por sujetos especiales (funcionario y servidor público) o comunes, sean en agravio del Estado o de particulares. El Perú, debe adecuar su legislación en esta materia en sus alcances a los criterios adoptados por otros países del continente, tal como la CICAD ha recomendado, además estos criterios no sólo deben servir para los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos sino también a cualquier tipo de delitos, para garantizar una estabilidad económica, política y social.

11) Los agentes delictivos con la acumulación de riqueza mediante actividades ilícitas, atentan contra la economía social de mercado, pilar fundamental del sistema económico del país. Por esa razón, los bienes, derechos y/o títulos de procedencia ilícita no deben ingresar a la esfera de la economía legal y formal, que debe ser excluido mediante el proceso de pérdida de dominio para evitar un colapso del sistema económico, político y social.

12) La finalidad del Decreto Legislativo No 1104, de acuerdo a su exposición de motivos, es combatir a la criminalidad organizada.

4. LA PROPIEDAD

4.1. DEFINICION

La propiedad es el poder jurídico pleno sobre una cosa. En cuya virtud queda sometida directa y totalmente a nuestro señorío exclusivo (Albaladejo, 1994, t.III:247). Para Luis Diez Picazo y Antonio Gullón (2002. t, III: 140), la propiedad viene a ser “el señorío más pleno que se puede tener sobre una cosa”. Este señorío sobre los bienes, responde al natural sentimiento del hombre de apropiarse de los objetos de la naturaleza para la satisfacción de sus necesidades y lograr su desarrollo individual (González, 2005, p. 476).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0005-2006-PI/TC, define que: “El derecho de propiedad “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 sus productos, y darle destino y 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 (resaltado nuestro); e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno". (Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>, el 04-06-2010).

La Constitución Política de 1993, en su inciso 16 del artículo 2°, dice que toda persona tiene derecho: 16).- A la propiedad y a la herencia. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 17° establece a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización. Por tanto se tiene determinado que la propiedad es un derecho fundamental, cuyo uso se debe armonizar con el bien común dentro de los límites de la ley tal conforme señala el artículo 70° de la Constitución (Rivera Flores, *Ibíd*em, p. 87-88).

4.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El poder jurídico pleno sobre las cosas que otorga la propiedad, encuentra su justificación, en la medida en que la propiedad está destinada para servir a la consecución de los fines del hombre, por ello debe merecer la protección de la ley (Albaladejo, 1994, 252). Eugenio María Ramírez Cruz (1994, 252), citando a José María Castan Tobeñas, señala que el fundamento reside en las necesidades del hombre y de las agrupaciones humanas (familia y sociedad), que precisan la apropiación de bienes del mundo exterior útiles a la subsistencia y al perfeccionamiento progresivo de aquel y de estas.

actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>).

4.6. CONCLUSIONES:

1) La propiedad constituye un derecho fundamental de la persona, consagrado en el artículo 2°.16 de la Constitución de 1993 y el artículo 17° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y debe ejercerse en armonía con el bien común dentro de los límites de la ley, conforme establece el 70° de la Constitución, criterio recogido a su vez por el Tribunal Constitucional en el caso N° 0005-2006-PI/TC.

2) La propiedad de acuerdo con el artículo 923° del Código Civil, es el poder jurídico que permite: usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; siendo sus características que se trata de un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo, esto en comparación con otros derechos reales.

3) El derecho de propiedad no es absoluto, puesto que de acuerdo con el artículo 70° de la Constitución y el artículo 923° del Código Civil, se pueden establecer limitaciones: a) Por la función social del derecho de propiedad; b) Restricciones por el interés de la colectividad; c) Restricciones por el interés de las propiedades vecinas artículos 359° y 364° del Código Civil.

5. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS y DISCUSIONES

5.1 HIPOTESIS.- Se ha formulado la siguiente hipótesis general:

“La figura legal de la pérdida de dominio, **aplicable** actualmente a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias, vinculados a los delitos de tráfico ilícito de

drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado; es posible **extender** su aplicación a todo tipo de delitos, **acudiendo** a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, de este modo generar mayor eficacia y funcionalidad y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico del país”.

Asimismo se ha formulado las siguientes **HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**:

He1: La aplicación de la figura legal de Pérdida de Dominio regulado por el Decreto Legislativo N° 1104, en su aplicación se encuentra limitado para privar de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias a los agentes que incurran en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales y minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado, lo que contradice no sólo los fundamentos expuestos en la parte expositiva, sino a los propósitos de la misma ley.

He2: La Pérdida de Dominio tiene por finalidad combatir la criminalidad organizada, basado principalmente en el principio de licitud. Al respecto las

fuentes filosóficas y doctrinarias aportan otros fines que apoyan a esta figura legal.

He3: Los postulados fundamentales del iusnaturalismo y del liberalismo, así como los fundamentos doctrinarios del principio de licitud y función social de la propiedad, permiten sostener que el patrimonio de toda persona debe ser producto de un trabajo honesto y en armonía con el bien común.

He4: La pérdida de dominio, en perspectiva acudiendo a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, puede extenderse en su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos, para generar mayor eficacia y funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico del país.

La corrección de cada una de las premisas planteadas como hipótesis se acredita con las conclusiones fundamentadas que se presentan en cada uno de los rubros correspondientes al desarrollo doctrinario de las categorías e instituciones comprendidas en la investigación y contenidas en las hipótesis específicas. Los fundamentos están constituidos por argumentos filosóficos, doctrinarios y del análisis de la legislación nacional y extranjera, así como de la jurisprudencia existente en el caso respectivo.

5.2. CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS PARA CADA HIPOTESIS ESPECÍFICA

He1: La aplicación de la figura legal de Pérdida de Dominio regulado por el Decreto Legislativo N° 1104, en su aplicación se encuentra limitado para privar de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias a los agentes que incurran en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales y minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado, lo que contradice no sólo los fundamentos expuestos en la parte expositiva, sino a los propósitos de la misma ley.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro **3.3**, cuyas conclusiones son:

1) La pérdida de dominio, en la legislación peruana se encuentra limitado en su aplicación a los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado (Art. °.2 del D.Leg. 1104).

2) La ley vigente presenta contradicciones en cuanto a sus alcances, así de la parte expositiva y el artículo 5°.1 del Decreto Legislativo 1104, se desprende que la pérdida de dominio debe ser para privar del patrimonio criminal a los

agentes delictivos de todo tipo de delitos por el principio de igualdad, mientras que en el artículo 2°.2 se limita su aplicación a determinados delitos.

He2: La Pérdida de Dominio tiene por finalidad combatir la criminalidad organizada, basado principalmente en el principio de licitud. Al respecto las fuentes filosóficas y doctrinarias aportan otros fines que apoyan a esta figura legal.

Esta hipótesis general, se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° 3.3; 3.4; 3.5; y 3.6 cuyas conclusiones son:

1) La pérdida de dominio, como sostienen los autores Gálvez y Delgado (2009, 91) es una acción real, patrimonial y autónoma, establecida para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o patrimonio criminal, es decir, de los instrumentos, efectos o ganancias del delito.

2) De acuerdo con el artículo 5° del Decreto Legislativo 1104, están sujetos a la acción de pérdida de dominio, los siguientes bienes:

1. Aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.

2. Los bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.

3. Los bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.

4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

3) El patrimonio criminal, está constituido por los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito. Los instrumentos del delito, están constituidos por los objetos que hayan servido para su ejecución. Son aquellos elementos materiales a través de los cuales los autores de una infracción penal se han valido para perpetrar, cometer, completar o encubrir el hecho delictivo (Cáceres, 2008). Los efectos del delito.- Constituyen los objetos producidos mediante la acción delictiva. Son elementos o bienes de ilícito comercio (Gálvez y Delgado, 2009, p. 73). También se consideran efectos del delito los obtenidos directamente con la comisión del delito, como el recibido por el sicario en un delito de asesinato, o las utilidades obtenidos en la venta de la droga o de las actividades fraudulentas configurativas de la estafa, etc. (Gálvez y Guerrero, 2009, p. 74). Las ganancias del delito.- Son los bienes, derechos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a raíz de la comisión del delito. Constituyen ganancias los frutos o rentas de un efecto directo del delito. También el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas. Estos frutos, pueden ser naturales, industriales o civiles. Las rentas en

el caso de los intereses, cuando se trata de dinero (Gálvez y Delgado, 2009, p. 78). Asimismo las ganancias provenientes de actos jurídicos lícitos realizados con los efectos del delito, tales son los casos del dinero obtenido por la venta de la droga, de los beneficios obtenidos de la estafa o del dinero obtenido por el sicario (Gálvez y Delgado, 2009, p. 79). El fundamento para su decomiso principalmente responde a la finalidad de restablecer el orden económico, producido por el enriquecimiento indebido, un provecho ilícito, por lo que deben ser privados de las ganancias.

4) Sobre los bienes del patrimonio criminal, el agente del delito no tiene derecho real alguno. Sólo se produce una situación fáctica ilícita condenada por el propio Derecho (Gálvez y Delgado, 2009, p. 68).

Argumentos relacionados con la finalidad y fundamentos de pérdida de dominio:

5) La finalidad del Decreto Legislativo No 1104, de acuerdo a su exposición de motivos, es combatir a la criminalidad organizada.

6) La pérdida de dominio tiene como fundamento al principio de licitud, en base al cual los derechos y/o títulos sólo merecen protección Constitucional, cuando son adquiridos a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico.

7) En los casos de bienes y derechos y/o títulos de procedencia ilícita, no existe derecho de propiedad que merezca protección constitucional, puesto que la ilicitud no genera derechos.

He3: Los postulados fundamentales del iusnaturalismo y del liberalismo, así como los fundamentos doctrinarios del principio de licitud y función social de la

propiedad, permiten sostener que el patrimonio de toda persona debe ser producto de un trabajo honesto y en armonía con el bien común.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados sobre principio de licitud contenido en el rubro N° 2.1 y N° 2.2. Asimismo con los desarrollados sobre función social de la propiedad, doctrina iusnaturalista de la propiedad de David Hume y Adam Smith, contenido en el rubro N° 2.4.2 y 2.4.3. Igualmente con los fundamentos de la acción de pérdida de dominio contenido en el rubro N° 3.5. Con las fundamentales tesis del iusnaturalismo, análisis del iusnaturalismo como fundamento filosófico y características del derecho natural contenido en los puntos 1.1.7; 1.1.8 y 1.1.9. Así como con la finalidad del liberalismo; las concepciones del liberalismo filosófico, político y económico, contenido en los puntos 1.2.2 y 1.2.3, cuyas conclusiones son:

Argumentos relacionados con los fundamentos del principio de licitud:

1) El principio de licitud, tal como afirma Cáceres (2008, 96) es un principio general del derecho que informa la constitución, desenvolvimiento y extinción de las relaciones jurídicas e integra el ordenamiento jurídico como un valor de confianza, respecto a que la adquisición de bienes se ha realizado respetando el ordenamiento jurídico. En sentido estricto, como señala Torres (2006, 259), es ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, conocido como nulidad virtual contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

2) El principio de licitud, constituye un fundamento doctrinario y legal, aplicable a todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Por este principio todos los actos

humanos necesitan ser lícitas para que el Derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas. Acogiendo los fundamentos de Cabanellas (2003, 337) podemos sostener que lo ilícito vienen a ser “lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres; ilegal; inmoral.

Argumentos relacionados con la función social de la propiedad:

3) El Tribunal Constitucional del Perú ha consagrado, en forma reiterada la doctrina intrínseca de la función social (Gonzales Barrón 2011, p. 174), así en el Exp. No 0048-2004-PI/TC, ha establecido que:

Fundamento 78. “Cuando nuestra Constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la **función social** que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial”.

Fundamento 79. “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de derechos y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”.

4) Para DAVID HUME la razón última de la institución de la propiedad debe su existencia a su utilidad para la sociedad (San Emeterio Martín, *Ibidem*, p.283).

5) ADAM SMITH sostiene que el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, es el contenido moral que surge de ese acto el verdadero fundamento de la propiedad (San Emeterio Martín, *Ibíd.*, p.307).

Argumentos relacionados con el iusnaturalismo:

6) Coincidiendo con MÖLLER podemos afirmar la existencia de una relación necesaria entre Derecho y Moral. La teoría iusnaturalista, no niega la presencia y los criterios de validez del derecho positivo, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre normas positivas y la moral correcta. El derecho positivo no es un elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser descubiertas en el derecho natural, incluso pueden ser aplicadas directamente.

7) Los principios del derecho natural, son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana, tienen validez universal en tiempo y espacio y cultura, no sometidos a contextos históricos, políticos y económicos. Proporcionan las bases morales y de justicia para la elaboración de leyes, por tanto existe una relación obligatoria entre orden jurídico y ético, tal como señala Robert Alexy, una relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral. Para Han Welzel, el dualismo entre moralidad y legalidad.

Argumentos relacionados con el liberalismo:

8) PEDRAJAS (2006, 277), señala que la libertad es un fin constitutivo del desarrollo humano. Para Amartya Sen la libertad es un medio y un fin al que se dirige la acción humana. Pregonera por una libertad fundamentada en una teoría de la justicia social y económica. Esto es la característica de un liberalismo auténtico del desarrollo humano de Sen (*Ibíd.*, 278).

9) El liberalismo económico, según Adam Smith busca explicar el crecimiento económico a partir del concepto de “división del trabajo”, cuyo regulador será el mercado. La Economía Social de Mercado, para Hurtado (Ibídem, p.14-16), es el mejor sistema para propiciar el progreso de los pueblos de América Latina, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones. A la autoridad pública le corresponde crear condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva. El Estado debe garantizar la libertad contractual y la propiedad privada de los medios de producción, dentro del marco de su responsabilidad social. Su obligación del Estado es velar por el bien común, corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los resultados del progreso. La libertad es considerada como objetivo último del desarrollo económico, político y social (Pedrajas, p.289-290).

He4: La pérdida de dominio, en perspectiva acudiendo a las fuentes filosóficas del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, puede extenderse en su aplicación al patrimonio criminal de todo tipo de delitos, para generar mayor eficacia y funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico del país.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados del iusnaturalismo contenido en los rubros 1.1.4; 1.1.5; 1.1.6; 1.1.7; 1.1.8 y 1.1.9. El liberalismo contenido en los rubros 1.2.2 y 1.2.3. El principio de licitud desarrollado en los puntos 2.1 y 2.2. Función social de la propiedad contenido en los rubros 2.4.2 y 2.4.3. Además los temas de los fundamentos de la acción de

pérdida de dominio en relación con el derecho comparado y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y, el análisis de los alcances de pérdida de dominio con relación a la legislación internacional desarrollado en los puntos: 3.5; 3.10; 3.11 y 3.12. Cuyas conclusiones son:

Argumentos relacionados con el iusnaturalismo:

1) El iusnaturalismo, es una teoría filosófica y un sistema de pensamiento jurídico, que ha dominado desde el mundo clásico hasta finales del siglo XIX. Acogiendo los fundamentos de MÖLLER y los grandes defensores del iusnaturalismo racionalista desde Descartes, Hugo Grocio, Manuel Kant, John Locke, Hans Welzel, John Rawls, Robert Alexy, sostenemos la existencia de una relación necesaria entre Derecho y Moral, por tanto la teoría iusnaturalista, no niega la presencia y los criterios de validez del derecho positivo, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre normas positivas y la moral correcta. El derecho positivo no es un elemento indispensable para la existencia del derecho, pues las normas pueden ser descubiertas en el derecho natural, incluso pueden ser aplicadas directamente.

2) John FINNIS, sostiene que el derecho natural, es el conjunto de principios de razón práctica que persigue básicamente la realización de los valores humanos, en donde la obligatoriedad y la validez de las normas del derecho natural se fundan en su propio valor y no al haber sido promulgado por el legislador. Para Hans WELZEL, el derecho ha de buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado, bajo las condiciones de un momento histórico determinado.

3) Los principios del derecho natural, son producto de la razón y descubribles en la naturaleza humana, tienen validez universal en tiempo y espacio y cultura, no

sometidos a contextos históricos, políticos y económicos. Proporcionan las bases morales y de justicia para la elaboración de leyes. Robert Alexy, sostiene que existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y Moral. Para Han Welzel, existe un dualismo entre moralidad y legalidad (Aponte, en el libro *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal, en homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez, 2007*).

4) El derecho positivo antes de ser emitido por el Estado, debe pasar por el tamiz de la exigencia de la razonabilidad práctica de FINNIS universalmente válida, que permite distinguir si un razonamiento es correcto o incorrecto, es un medio para tomar decisiones justas. Para DWORKIN el derecho está constituido además de las reglas por principios. Los principios constituyen proposiciones morales, lo que exige a los legisladores que traten de hacer del conjunto total del derecho, un conjunto moralmente coherente. Robert Alexy señala que en los procesos de creación y de aplicación del Derecho, debe haber una pretensión de corrección moral, de manera que el derecho al positivarse no rompa sus relaciones con la moral tal como sostiene Habermas.

5) Las fundamentales tesis del iusnaturalismo, son:

- 1) Existen principios morales y de justicia universalmente válidos y verdaderos (leyes naturales);
- 2) El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana; y,
- 3) Sólo se puede considerar "derecho" (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que no contradicen los principios morales y de justicia.

6) El iusnaturalismo como sostiene Forero, a la luz de las concepciones del derecho natural, es una teoría filosófica vigente para abordar las investigaciones en el campo del Derecho, específicamente cuando se trata de proponer las bases filosóficas en la elaboración del derecho positivo.

Argumentos relacionados con el liberalismo:

7) En el mundo contemporáneo, coincidiendo con PEDRAJAS (2006, 277), podemos señalar que la libertad es un fin constitutivo del desarrollo humano. Para Amartya Sen la libertad es un medio y un fin al que se dirige la acción humana. Pregona por una libertad fundamentada en una teoría de la justicia social y económica. Una libertad que es fundamento de un nuevo liberalismo social, aplicado a la economía y, desde ella, a la sociedad en su conjunto. RAWLS sostiene que: "la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas" (Rawls, 1971, 17). ORELLANA ARANDA (1998, 161) señala que en la concepción política de justicia de Rawls la sociedad es entendida como un sistema justo de cooperación, la de los ciudadanos, caracterizados como libres e iguales, y la idea de una sociedad bien ordenada, efectivamente regulada por una concepción pública de justicia.

8) SMITH busca explicar el crecimiento económico a partir del concepto de "división del trabajo", cuyo regulador será el mercado. La especialización de la fuerza de trabajo genera un incremento en la productividad que permite la acumulación de riquezas (García Roel, disponible:

<http://www.monografias.com>). La Economía Social de Mercado, para Hurtado (Ibidem, p.14-16), es el mejor sistema para propiciar el progreso de los pueblos de América Latina, por considerarlo superior a todos los otros en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones. La obligación del Estado es velar por el bien común, corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los resultados del progreso. La libertad es considerada como objetivo último del desarrollo económico, político y social (Pedrajas, p.289-290).

9) En su aspecto predominantemente filosófico, el liberalismo es una posición intelectual que basa exclusivamente en la fuerza de la razón la posibilidad de interpretar los fenómenos, con autonomía de todo principio que se considere absoluto o superior (Disponible en: <http://www.monografias.com>).

Argumentos relacionados con el principio de licitud:

10) El principio de licitud, constituye un fundamento doctrinario y legal, aplicable a todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Por este principio todos los actos humanos necesitan ser lícitos para que el Derecho los ampare y les de consecuencias jurídicas.

Argumentos relacionados con la función social de la propiedad:

11) Coincidiendo en parte con González Barrón (2011, 171), podemos sostener que bajo las distintas denominaciones de "función social", "interés social" (Art. 923 del CC) y "bien común" (Art. 70 de la Constitución), se resume los fines colectivos, sociales, comunitarios o públicos a los que debe estar sometida la propiedad privada. Como sostiene Ramírez (2005, 72) la función social intenta armonizar los intereses individuales con los colectivos de la sociedad. Esta

coordinación entre interés individual y el interés social, no es exclusivo del derecho de propiedad, sino también de cualquier otro derecho. Por tanto el principio del bien común consagrado en el artículo 70° de la Constitución y la teoría de la función social, permite fundar limitaciones al derecho de propiedad, perfectamente aplicable al momento de legislar sobre esta materia, para armonizar con el bien común.

12) La doctrina intrínseca de la función social de la propiedad, sostiene que la función social trae consigo la eliminación de la propiedad como derecho o poder soberano de la voluntad. La propiedad deja de ser derecho para convertirse en una función social, y el titular pasa a ser un funcionario en el cumplimiento de ciertos deberes en aras de interés social. Esta es la tesis más aceptada por el neo-constitucionalismo, presente en los tratados de derechos humanos y consagrada de manera uniforme por nuestro Tribunal Constitucional peruano y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (González, 2011, 172).

13) Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional a tenor del artículo 70°, según el cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley (fundamento 76 de la sentencia del 01-04-2005. Exp. 0048-2004-PI/TC)..

14) DAVID HUME, sostiene que la razón última de la institución de la propiedad debe su existencia a su utilidad para la sociedad (San Emeterio Martín, 2002, 283).

15) ADAM SMITH sostiene que el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, es el contenido moral que surge de ese acto el verdadero fundamento de la propiedad.

Argumentos relacionados con el derecho comparado:

16) En la legislación comparada la extinción de dominio se halla prevista para un mayor número de delitos de los que prevé la legislación peruana. Así en la colombiana se prevé además para los delitos monetarios, actividades monopólicas, delitos contra el patrimonio destinados a la seguridad y defensa nacional, delitos contra la salud pública, el orden económico y social, la seguridad pública, proxenetismo y otros. En la legislación guatemalteca en comparación con la peruana, incluye su aplicación además para los delitos de colusión, fraude, colusión, asesinato, estafa, quiebra fraudulenta, delitos monetarios, conspiración, asociación ilícita para delinquir, comercialización de vehículos robados, obstrucción de vías de comunicación y delitos contra la administración de justicia, figuras delictivas que no se hallan considerados en el caso peruano. En Honduras se aplica para los delitos de financiamiento del terrorismo, chantaje, explotación sexual comercial, tráfico de órganos humanos, asesinato, delitos contra la salud pública, la propiedad, la libertad y seguridad. Delitos que no se han incluidos en el caso peruano. Por otro lado concluye con una cláusula abierta cuando señala "...cualquier otra actividad que cause incremento patrimonial de bienes, productos, instrumentos o ganancias sin causa económica o legal de su procedencia". Lo que permite sostener que la tendencia es extender la aplicación de esta figura legal para cualquier tipo de delitos, sean de criminalidad organizada o comunes, cometidos por sujetos

especiales (funcionario y servidor público) o comunes, sean en agravio del Estado o de particulares. El Perú, debe adecuar su legislación en esta materia en sus alcances a los criterios adoptados por otros países del continente, tal como la CICAD ha recomendado, además estos criterios no sólo deben servir para los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos sino también a cualquier tipo de delitos, para garantizar una estabilidad económica, política y social.

5.3. DISCUSIONES: CONFIRMACION, CUESTIONAMIENTO Y DESARROLLO

5.3.1. CONFIRMACIÓN

Los resultados obtenidos de la investigación, confirman que la acción de pérdida de dominio, está limitado en su aplicación para privar del patrimonio criminal a los agentes delictivos de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado, conforme prevé el artículo 2°.2 del Decreto Legislativo No 1104, con la finalidad de hacer frente a la criminalidad organizada principalmente.

Los fundamentos de pérdida de dominio según el artículo 4° de la Ley, es la presunción de ilicitud en la obtención de los bienes, cuando señala que la pérdida de dominio procede cuando se presume que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de hechos delictivos referidos en el artículo 2° del presente Decreto Legislativo.

Según Cáceres Julca (2008, 33) el fundamento de pérdida de dominio radica en la extinción de la propiedad por origen ilícito, que se encuentra contenida de modo implícito en el artículo 70° de la Constitución, cuando establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites fijados por la Ley. Para Gálvez y Delgado (2009:101), el fundamento de la acción de pérdida de dominio, es el mismo que sustenta el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, esto es el producto del delito o “patrimonio” criminal. Es decir, la procedencia ilícita. Asimismo en el Proyecto de Ley 2658/2008-CG presentado por la Contraloría General de la República, como fundamentos se indica que la adquisición de bienes deben ser necesariamente mediante operaciones que tienen una finalidad lícita, en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la constitución y las normas legales. De manera que coinciden que el origen ilícito en la obtención de bienes, es el fundamento para que proceda la pérdida de dominio.

La finalidad de la ley conforme a la parte expositiva del Decreto Legislativo N° 1104, es asegurar que el Estado cuente con los instrumentos legales que permitan una firme lucha contra el crimen organizado. Del cual se infiere que la finalidad de pérdida de dominio es combatir el crimen organizado. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, en su dictamen recaído en el Proyecto de ley No 857/2006-PE²⁶, de fecha 08-05-2008, considera que el patrimonio proveniente de la actividad delictiva de las organizaciones criminales atenta la economía social de mercado, pilar fundamental del sistema económico del país. De esto se desprende la otra

²⁶La Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en aquel dictamen ha estimado por no aprobar el Proyecto materia de dictamen, sin embargo existen fundamentos importantes que pueden ser tomados en cuenta.

finalidad de la ley que es proteger la economía social de mercado como pilar fundamental de nuestro país, prevista en el artículo 58° de la Constitución.

5.3.2. CUESTIONAMIENTO

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1104 y los autores Cáceres Julca, Gálvez y Delgado, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, así como del Proyecto presentado por la Contraloría General de la República, los fundamentos de pérdida de dominio están limitados al principio de licitud en la obtención de los bienes que se halla prevista de manera implícita en el artículo 70° de la Constitución y el artículo 923° del Código Civil.

En cuanto a su finalidad, según la ley de pérdida de dominio, está orientado a combatir la criminalidad organizada. Para la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, es proteger la economía social de mercado del país.

5.3.3. DESARROLLO

Los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, permiten sostener que los fundamentos de pérdida de dominio, no sólo es el principio de licitud en la obtención de los bienes, sino también la teoría de la función social de la propiedad, así como los fundamentos filosóficos del iusnaturalismo y el liberalismo.

La teoría de la función social de la propiedad se deriva del artículo 70° de la Constitución, cuando establece que el derecho de propiedad se ejerce en

armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley y del artículo 923° del Código Civil, que se refiere al interés social. Al respecto el Tribunal Constitucional en el fundamento 26 de la sentencia del 11-11-2003, del **Exp. 008-2003-AI/TC**, sobre la función social de la propiedad, ha establecido que: **“la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad”**. De acuerdo con la función social, coincidiendo con los autores Gonzales y Rivera, podemos afirmar que la propiedad es un derecho fundamental reconocido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, otorgado a su titular para satisfacción de sus intereses, pero debe ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Constitución y las leyes. Lo que determina que el Estado debe proteger la propiedad privada mientras sea obtenida de manera lícita. Al mismo tiempo permite establecer algunas restricciones que sean legítimas, a efecto de lograr otros valores fundamentales, en aras del bien general de todos, dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Para David Hume la razón última de la propiedad es la utilidad para la sociedad, la misma que debe ser subordinado a las leyes civiles dictados por el Estado en su función primordial de preservar la paz y el orden social. Esto significa que las leyes civiles del Estado han de suplir a la justicia natural. Adam Smith en su obra la Riqueza de las Naciones, señala: “Cuanto más desarrollada está una sociedad y mayor número de medios haya para mantener a los habitantes, mayor será el número de leyes y regulaciones necesarias para mantener la justicia y prevenir infracciones del derecho de propiedad”. Por consiguiente adquirir bienes mediante mecanismos o actividades ilícitas constituye una infracción al derecho de propiedad. Además

tal como afirmara Smith, el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, sino el contenido moral, como verdadero fundamento de la propiedad. De manera que la función social de la propiedad, constituye un fundamento basado en el contenido moral como verdadero fundamento que legitima a la propiedad.

El iusnaturalismo sostiene que el sistema jurídico está formado por un conjunto de reglas y principios. Para Dworkin los principios jurídicos constituyen proposiciones morales. Hans Welzel, señala que el Derecho debe buscar hacer realidad lo justo y lo adecuado. Para Delgado Pinto los conceptos morales son definitivos y con pretensión de validez general en todos los tiempos y contextos. De manera que podemos afirmar que existe una relación necesaria entre Derecho y Moral tal como sostiene Robert Alexy. El iusnaturalismo tiene como punto de referencia en el Derecho Natural, que consiste en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales, inmutables e inalienables, que no están sometidos a la voluntad, sino tan sólo a la razón. Son derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente previos al Estado y al Derecho Positivo, persigue básicamente la realización de los valores humanos, proporciona la base moral indispensable para la elaboración del derecho positivo, y constituye un modelo que busca la auténtica justicia. Por lo que coincidiendo con Santiago Nino, podemos sostener que el iusnaturalismo como fundamento filosófico, aporta principios morales y de justicia universalmente válidos para la elaboración de las leyes. En ese marco, la ley de pérdida de dominio, como parte del sistema jurídico, debe orientarse a la ordenación justa de la sociedad, para ello requiere que su aplicación se extienda para privar del patrimonio criminal de todo tipo de

delitos. Tal como la realidad objetiva demuestra a diario a través de los medios de comunicación, los agentes delictivos no sólo amasan ingentes cantidades de dinero a través de los quince delitos previstos, sino de cualquier delito común, como los robos a los bancos, estafas a entidades financieras, falsificación de monedas, falsificación de documentos. Los bienes obtenidos por los agentes sean parte o no de organizaciones criminales, mediante la comisión de cualquier tipo de delito, igual es ilícita, contrario a los principios morales y de justicia. Haciendo una interpretación contrario sensu, tendríamos que postular que los actos de agentes criminales de delitos comunes, son lícitas, morales y justas, lo cual sería irrazonable e incorrecto, contrario al recto obrar social sostenida por Hans Welzel, es decir, a lo jurídico y ético, pensar de ese modo sería absurdo, eso es lo que precisamente se pretende superar con la presente investigación. En tal sentido, resulta necesaria que esta ley de pérdida de dominio, pase por el tamiz de la razonabilidad práctica universalmente válida sostenida por Finnis, que constituye un mecanismo de corrección moral en los procesos de creación y aplicación del Derecho tal como señala Robert Alexy, pues el Derecho al positivarse tal como señala Habermas no rompe sus relaciones internas con la moral.

Por su parte el liberalismo como concepción filosófica, económica y político, de acuerdo a los resultados de la investigación, contiene principios que amplían los fundamentos de la pérdida de dominio. El liberalismo tradicional clásico, se caracterizaba por ser una concepción individualista, pues sostenía que los valores individuales son superiores a los colectivos y el individuo decide su destino y hace historia. Ahora el liberalismo contemporáneo tal como sostiene Díaz Pedroche, las teorías liberales se agrupan en dos corrientes: los

propietaristas y solidaristas, que se complementa entre sí. La primera sostenida por Robert Nozick considera a la propiedad como derecho natural. Mientras que el segundo representado por John Rawls considera que una sociedad es justa si se rige por los principios de justicia. El sentido de justicia es definido como la capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo a ellos y desear que otros actúen de igual modo. El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o sea el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales. Estas grandes instituciones son la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales (Rawls, 1971:20). Del cual se desprende que el liberalismo de Rawls deja de lado la concepción individualista, bajo el cual el derecho de propiedad era absoluto, las disposiciones del Código Civil eran cuasi-constitucionales, protectora del patrimonio. Con Rawls se reinstala la importancia de la justicia y el realismo moral, bajo esas bases, la libertad es considerada como un medio y un fin, pero fundamentada en una teoría de la justicia social y económica, característica de un liberalismo auténtico del desarrollo humano, tal como sostiene Amartya Sen en su tesis *El Desarrollo Humano en la Economía Ética* (Pedrajas, 2006:277).

Del liberalismo político para los fines de nuestro trabajo, podemos rescatar la teoría del contrato multilateral de Locke, que es distinto al de Hobbes y Rousseau, por el cual los hombres para disfrutar mejor sus derechos individuales, resuelven abandonar la etapa pre-social y pre-política, el poder coactivo pasa a ser patrimonio exclusivo del Estado para garantizar la agresión a los derechos individuales, mediante dos etapas. El primero un contrato

multilateral para formar la comunidad política y el segundo un pacto bilateral con obligaciones recíprocas para gobernantes y gobernados (Rosales, disponible en <http://www.monografias.com>). La teoría del contrato multilateral permiten sostener que el Estado tiene la obligación de proteger la propiedad legítima, la que es conforme a los contenidos morales, éticos y de justicia, generando un sistema jurídico coherente, justo y funcional, con reconocimiento de derechos, libertades y oportunidades para alcanzar una sociedad bien ordenada, regulada bajo la concepción pública de justicia y de consenso entrecruzado de Rawls. En ese escenario los legisladores en el proceso de producción de leyes, deben plasmar los principios de justicia que reclama Rawls, como ocurre en otras legislaciones las leyes deben ser emitidas previo tamiz de razonabilidad práctica de Finnis y corrección moral de Alexy.

El liberalismo económico bajo los postulados de Adam Smith, que la riqueza procede del trabajo, el aumento de destrezas y división del trabajo genera la acumulación de la riqueza, los individuos en sus actividades económicas naturalmente se inclinaban en la búsqueda del interés personal, el mejor remedio para la regulación de los precios era dejar que actuara la ley natural de oferta y demanda; se considera que el progreso era el resultado de mercados libres y competitivos, de la libre empresa, del libre cambio y del libre accionar de los individuos en la economía. Las libertades económicas eran vistas como un derecho natural de los seres humanos y el mejor incentivo para el progreso (Hurtado, 2005:7). Estas ideas sustentan la teoría de una economía de libre mercado, que se aplicó con éxito en Chile durante la dictadura del General Augusto Pinochet, luego adquirió una proyección universal al ser adoptado por Estado Unidos e Inglaterra, incluso generó la caída del muro de Berlín en 1989,

que puso fin al modelo económico socialista. Nuestra Constitución acoge esta orientación en el artículo 58°, pero con un componente social. Hurtado (2005:14-16), señala que es el mejor sistema para propiciar el progreso de los pueblos, en la medida en que promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, incentiva la competencia creadora e impulsa las innovaciones, pero con responsabilidad social. Tomando las ideas liberales de Smith, para los fines de la presente investigación, podemos sostener que el Estado debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo de las actividades económicas privadas dentro de un marco de responsabilidad social y el bien común. Esto implica incentivar y promover una competencia sana, justa bajo principios morales y éticos, pues como sostiene Smith, el trabajo como acto concreto de los seres humanos no otorga por sí mismo la propiedad, es el contenido moral que surge de ese acto, el verdadero fundamento de la propiedad. Entonces acogiendo los criterios de Hurtado (2005:14, 25), podemos sostener que el desarrollo económico, social y político, debe ser un compromiso de todos los ciudadanos, considerados individual y colectivamente. Sin un buen gobierno y ciudadanos laboriosos, honestos y emprendedores no es posible lograr un desarrollo dinámico de largo plazo, con equilibrio entre libertad personal, eficiencia económica y equidad social. Lo que permite corroborar junto con el iusnaturalismo, la necesidad de extender la aplicación de pérdida de dominio a todo tipo de delitos.

La finalidad de la ley de pérdida de dominio de acuerdo con el Decreto Legislativo 1104, consiste en combatir la criminalidad organizada. Al respecto con los resultados de la investigación hemos establecido, que además de

combatir la criminalidad organizada constituyen fines de la pérdida de dominio los siguientes:

a) La protección de la economía social de mercado, como bien básico y pilar fundamental del sistema económico del país, reconocido en el artículo 58° de la Constitución, que se sustenta en el liberalismo económico contemporáneo de Adam Smit y la teoría de la justicia de Rawls.

b) Proteger el derecho de propiedad de fuente lícita en armonía con el bien común. Se sustenta en el principio de licitud y función social de la propiedad. El ejercicio de los derechos de propiedad y de posesión deben guardar concordancia y correspondencia con el bien común establecido en el artículo 70° de la Constitución. En ese marco la comisión de cualquier delito es un acto ilícito, por consiguiente los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, al provenir de fuente ilícita no pueden merecer protección jurídica. Además la teoría del contrato multilateral de Locke dentro de la orientación del liberalismo contemporáneo, constituye un fundamento filosófico, por el cual el Estado tiene la obligación de proteger la propiedad legítima, la que es conforme a los contenidos morales, éticos y de justicia.

c) Prevenir y combatir las prácticas ilícitas, los actos corruptivos y la acumulación de capitales de origen ilícita, que afectan la moral pública, los valores éticos de la sociedad, con consecuencias funestas por su enorme poder corruptor en casi todas las esferas de la sociedad. Tiene su fundamento en la concepción del liberalismo político de Locke, basado en el contrato multilateral, por el cual el Estado tiene la obligación de generar un sistema jurídico coherente con el contenido moral, ético y justicia social, al cual abonan los fundamentos del

iusnaturalismo con la teoría de justicia de Rawls, la razonabilidad práctica de Finnis y la corrección moral de Alexy.

d) Promover la iniciativa de los seres humanos, incentivar la competencia sana, en el desarrollo de las actividades económicas, con reconocimiento de los derechos de libertad e igualdad de oportunidades reales, bajo los principios morales éticos y de justicia.

CONCLUSIONES

La Ley de pérdida de dominio regulado por el Decreto Legislativo 1104, dentro del sistema jurídico peruano se encuentra limitado en su aplicación a los siguientes delitos: **tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal** y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

La Ley de pérdida de dominio tiene por finalidad combatir la criminalidad organizada, y según los resultados de la presente investigación de acuerdo con las fuentes filosóficas y doctrinarias constituyen fines de pérdida de dominio además los siguientes: a) La protección de la economía social de mercado, como bien básico y pilar fundamental del sistema económico del país. b) Proteger el derecho de propiedad de fuente lícita en armonía con el bien común. c) Prevenir y combatir las prácticas ilícitas, los actos corruptivos y la acumulación de capitales de origen ilícita. d) Promover la iniciativa de los seres humanos, incentivar la competencia sana en el desarrollo de las actividades económicas.

Los postulados fundamentales del iusnaturalismo como teoría filosófica sostiene que existe una relación necesaria entre Derecho y Moral, no niega la presencia y los criterios de validez del derecho positivo, sino la ampliación de éstos a través de una conexión obligatoria entre normas positivas y la moral correcta, tiene su punto de referencia en el derecho natural y los principios que constituyen proposiciones morales y de justicia universalmente válidos y verdaderos. Los fundamentos del liberalismo desde la óptica filosófica, sostiene que la libertad es un medio y un fin que ilumina todo el sistema ético-económico-social del desarrollo humano. Las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, constituyen un fundamento doctrinario ético moral, aplicable a todo el ordenamiento jurídico de un Estado, que permite fundar limitaciones al derecho de propiedad orientado hacia el bien común.

La figura legal de pérdida de dominio, recurriendo a las fuentes del iusnaturalismo y liberalismo y las fuentes doctrinarias del principio de licitud y función social de la propiedad, es posible extender en su aplicación a los objetos, instrumentos, efectos y ganancias vinculados a todo tipo de delitos, para generar mayor eficacia y funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico peruano. Así el iusnaturalismo proporciona las bases morales y de justicia en la elaboración de leyes. El aporte del liberalismo consiste en sostener que la libertad es un medio y un fin que ilumina todo el sistema ético-económico-social del desarrollo humano. El principio de licitud, contribuye un fundamento ético y moral para generar leyes, basado en la justicia, equidad, la razón y buenas

costumbres. La función social de la propiedad, permite armonizar los intereses individuales con los colectivos de la sociedad orientados hacia el bien común.

RECOMENDACIONES

Primero: Si se quiere realmente generar que la pérdida de dominio constituya un instrumento eficaz y eficiente dentro del ordenamiento jurídico peruano, para privar del patrimonio criminal a los agentes delictivos, y a la vez cumpla una función preventivo general de desincentivo para aquellos que obtienen bienes, derechos y/o títulos de manera ilícita, debe propenderse que se amplíe a todo tipo de delitos la acción de pérdida de dominio.

Segundo: Se debe tomar consciencia que si se quiere generar en el país que las personas que integran la sociedad, tanto en el ejercicio de la función pública, como agentes económicos públicos o privados, actúen con apego a las normas y fines de la sociedad, que los bienes, derechos y/o títulos sean adquiridos mediante mecanismos o actividades lícitas, en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos en la constitución y las leyes, es necesario adecuar a dichos fines la ley de pérdida de dominio, tomando en cuenta las fuentes filosóficas y doctrinarias que permiten desarrollar argumentos razonables.

Tercero: Asimismo, para concretar la extensión de la acción de pérdida de dominio a todos los bienes provenientes de hechos o actividades ilícitas a nivel

legislativo, deben generarse investigaciones de tipo propositivo y proyectos de modificatoria de la ley de pérdida de dominio. Para dicho propósito debe considerarse al iusnaturalismo y al liberalismo como marco teórico.

Cuarto: Para generar mayor funcionalidad a la ley de pérdida de dominio, se debe recoger las buenas prácticas de otras legislaciones como la colombiana, de Guatemala y Honduras, en cuyas legislaciones se ha previsto la aplicación de extinción de dominio no sólo para los de criminalidad organizada, delitos de corrupción de funcionarios, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, sino también para delitos comunes como estafas, robos, contra la salud, falsificación de documentos, falsificación de monedas y billetes, y otros. Es hora de que se adecúe nuestra legislación de acuerdo a normas internacionales y derecho comparado que hemos analizado en el presente trabajo.

Quinto: El Estado dentro de una economía social de mercado, conforme al artículo 58° de la Constitución, a través de su función preventiva, debe establecer mecanismos legales adecuados a fin de consolidar un sistema jurídico coherente y funcional, para garantizar que los fondos dinerarios provenientes de actos ilícitos no generen un colapso de la economía y por ende afecten a la estabilidad política y social.

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1996). Derecho Civil I. (14ª. ed.). (vol.1). Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- Albaladejo, M. (1994). Derecho Civil III. Derecho de Bienes. (8ª. ed.). (vol.1).Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- Albaladejo, M. (1994). Derecho Civil III. Derecho de Bienes. (8ª. ed.). (vol.2). Barcelona: José María Bosch Editor S.A.
- Aponte, A. (2007). Hans Welzel: La Tensión entre Derecho Natural y Derecho Positivo. Una Visión en Perspectiva. En Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez (págs. 163-184). Lima-Perú. Editorial IDEMSA.
- Avalos, C. (2007). La pérdida de dominio en el Derecho peruano. En Actualidad Jurídica (Págs. 13-18). Lima: Gaceta Jurídica Tomo 168.
- Bautista, P. y Herrero, J. (2008). Manual de Derecho Civil. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Bidart, G. (1993). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo II. El Derecho Constitucional de la Libertad. Argentina: EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

- Bonorino, P. y Peña, J. (2006). Filosofía del Derecho (2ª. Ed.). Plan Anual de Formación y Capacitación de la rama judicial. Consejo Superior de Judicatura: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. (2003). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Carrasco, S. (2006). Metodología de la Investigación Científica Perú: Editorial San Marcos.
- Constitución Política del Perú de 1993. (2006). La Constitución Comentada. Congreso de la República del Perú. Lima: Gaceta Jurídica Tomo II.
- Coviello, N. (2003). Doctrina General del Derecho Civil. Cuarta Edición. Argentina: Editorial Studio Gráfico RODAMILLANS S.R.L.
- Chinchay, A. (2007). Pérdida de Dominio y Derecho Penal Liberal. En Actualidad Jurídica. Lima Perú: Gaceta Jurídica Tomo 168.
- Delgado, W. (2007). Nulidad de actos jurídicos de disposición y gravamen en el proceso penal. Tesis Para optar el grado académico de magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2002). Sistema de Derecho Civil.(2ª. Reimp.). (vol.1). Madrid: Editorial TECNOS.
- Díez-Picazo, L y Gullón, A. (2002). Sistema de Derecho Civil. (2ª. Reimp.). (vol.3). Madrid: Editorial Tecnos.
- Fernández, F. (1992). El Sistema Constitucional Español. Madrid.
- García, V. (1995). La Ley en el Perú. Lima: GRILEY E.I.R.L.
- Gálvez, T. y Delgado, W. (2009). La Acción de Pérdida de Dominio y otras Pretensiones en el Proceso Penal. Lima: JURISTA Editores.

- Gálvez, T. y Delgado, W. (2008). Nulidad de Actos Jurídicos y Disposición de Bienes en el Proceso Penal. Lima: JURISTA Editores.
- Gonzáles, G. (2005). Derechos Reales. Lima: Jurista Editores.
- Gonzáles, G. (2009). El Derecho Civil Patrimonial en la Constitución. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gonzáles, G. (2011). Propiedad y Derechos Humanos. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, R. (2006). Metodología de la Investigación. (4ª. ed.). México: Mc Graw-Hill.
- La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Director Manuel Muro Rojo. Lima: Gaceta Jurídica.
- Martínez, A. (1997). Filosofía del Derecho. (3ª. ed.). Cataparida, Dtto. Buchivacoa – Falcón: Editorial Buchivacoa.
- Messineo, F. (1954). Tratado de Derecho Civil. (t. III).
- Mesinas, F. (2010). Jurisprudencia civil y procesal civil de carácter constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Moller, M. (2007). Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho. Tesina. Universidad de Burgos – UBU. Comunidad Autónoma de Castilla y Leon. Burgos.
- Nakazaki, C. (2013) ¿objetos, efectos y ganancias del delito como objeto de defraudación tributaria? En Derecho Penal Económico y de Empresa. Lima: IDEMSA.
- Palomino, P. (2005). Diseños y Técnicas de Investigación. Puno: Editorial Facultad de Ciencias de la Educación.

- Planiol, M. y Ripert, G. (2001). Derecho Civil. Tomo I. Biblioteca Clásicos del Derecho. México: OXFORD University Press S.A. de C.V.
- Portillo, M. y E.R.C. (2003). Metodología de la Investigación Científica. Lima: Editores Impresores Juan Guttemberg.
- Ramos, J.A. (2004). Elabore su Tesis en Derecho. Pre y Postgrado. Lima: Editorial San Marcos.
- Ramírez, E. (1996). Tratado de Derechos Reales. Lima: Editorial Rodhas.
- Rioja, A. (2011). Constitución Política del Perú y su Jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional. Lima: Jurista Editores.
- Torres, A. (2006). El Acto Jurídico. Lima: Editorial IDEMSA.
- Villanueva, T. (2007). El Proceso de pérdida de dominio, un ejemplo de que el fin no justifica los medios. En Actualidad Jurídica (Págs. 23-29). Lima: Gaceta Jurídica Tomo 168.
- Zelayaran, M. (1997). Metodología de la Investigación Jurídica. Lima: Ediciones Jurídicas.

WEBGRAFIA

- Avalos, C. (2007). Notas sobre la pérdida de dominio en el Derecho Peruano. Disponible en: <http://www.newsmatic.epol.com>. Consultado el 28 de junio del 2008.
- Barcia, R. (2000). Ilícitos Atípicos: Afienza, Manuel y Ruiz, Juan, Editorial Trotta, 2000, 133 Páginas. *Ius et Praxis*. 2001, vol.7 No.2 [citado 23 Enero 2008], p.493-496. Disponible en: <http://www.scielo.cl>. Consultado el 28 de junio del 2008.

- Bermudez, A. (2007). Propiedad y Derecho. Proyecto de Investigación de la Universitat Per Majors. Universitat JAUME-I. Disponible en: <http://mayores.uji.es/proyectos/proyectos2007/PropiedadDerecho>.
- Castro, J. (2010). El Iusnaturalismo. Escuela Libre de Ciencias Políticas y Administración Pública del Oriente. Disponible en: <http://www.slideshare.net/casvetech/el-iusnaturalismo>. Consultado el 28 de junio del 2008.
- Caballero, J. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. En la Revista Libero Forum. Otoño, núm. II, 2006. Disponible en: http://www.uia.mx/actividades/francisco_caballero.pdf. Consultado el 28 de junio del 2008.
- Curay, W. (n.d.). El Liberalismo. Disponible en: <http://www.monografias.com>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Díaz, M. (n.d.). El Derecho y la Justicia. Disponible en: http://montsepedroche.files.wordpress.com/2011/02/derecho_justicia.pdf. Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Encarta (2006). Disponible en: <http://www.microsoft.com/latam/encarta>. Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Encinas, L. (n.d.). Historia Del Iusnaturalismo. Disponible en: <http://iusnaturalismo.galeon.com>. Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Eloisa, M. (n.d.). Extinción de Dominio y Reforma Constitucional. En Revista ITER CRIMINISA. Revista de Ciencias Penales Número 6, Cuarta Época. Del Instituto Nacional de Ciencias Penales de México. Páginas 145-159. Disponible en: <http://itercriminisopcion5.files>. Consultado el 30 de mayo del 2010.

- Faachio, M. (n.d.). El Interés Público: La Ética Pública del Derecho Administrativo. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org>. Consultado el 02 de mayo del 2010.
- Forero, C. (n.d.). Breve Recuento sobre el Derecho Natural, en la Historia del Pensamiento Jurídico. Disponible en: <http://sabanet.unisabana.edu.co/derecho/fundamentacion>. Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Filosofía. (n.d.). Disponible en: <http://www.monografias.com/Filosofia/index>. Consultado el 02 de mayo del 2010.
- Filosofía Contemporánea. (n.d.). Disponible en: <http://www.e-torredebabel.com/>. Consultado el 02 de mayo del 2010.
- García, N. (n.d.). Análisis del Pensamiento Económico De Smith, Ricardo y Marx. Visiones de la Teoría del Valor-Trabajo para los tres autores”. Disponible en: <http://www.monografias.com>. Consultado el 31 de mayo del 2010.
- Huerta, C. (n.d.). Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org>. Consultado el 03 de mayo del 2010).
- Hurtado, O. (2005). Neoliberalismo y Economía Social de Mercado. Corporación de Estudios para el Desarrollo. CORDES. Ecuador. Disponible en: <http://www.cordes.org/personales/oh/index.swf>. Consultado 31 de mayo del 2010.
- Jiménez, E. y Cordero, X. (n.d.). Estudio de Legislación comparada sobre decomiso de bienes abandonados y no reclamados en el proceso. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos. Consultado el 03 de mayo del 2010.

- Nino, C. (2003). Introducción al Análisis del Derecho. (2ª. ed.). (12º reimpresión). Buenos Aires: Editorial ASTREA. Recuperado de: <http://www.slideshare.net/rubenradaescobar/introduccion>. Consultado el 03 de mayo del 2010.
- Manolo, T. (n.d.). El Absolutista Precursor del Liberalismo. Recuperado de <http://cocaina.redliberal.com>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Melo, V. y Tugnoli M. (n.d.). Los no positivimos. ¿Se puede en la actualidad reducir el derecho a la mera norma positiva sustentada en al voluntad legislativa? Disponible en: <http://litoral.elderecho.com.ar>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Moller, M. (2007). Neoconstitucionalismo y la Teoría del Derecho. Tesina. Universidad de Burgos – UBU. Comunidad Autónoma de Castilla y León. Burgos. Disponible en: <http://dspace.ubu.es>. Obtenida el 28 de mayo del 2010.
- Lastra, J. (n.d.). La Buena Fe en el Trabajo: ¿Un principio que se difumina? Disponible en: <http://www.letrasjuridicas.com>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Legarre, S. (n.d.). "John Finnis. La lucha por el verdadero derecho natural". Disponible en: <http://www.umsa.bioetica.org/doctorado/legarre.pdf>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Legaz y Lacambra. Iusnaturalismo. Disponible en: <http://www.mercaba.org> Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Ñaupas, H. (n.d.). Disponible en: <http://hnaupas.perublog.net>, Consultado el 28 de mayo del 2010.

- Orellana, V. (1998). El Liberalismo Político en John Rawls. Disponible en: <http://atarazanas.sci.uma.es/docs/tesisuma/16284999.pdf>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Orozco, J. (n.d.). Derechos Humanos y la Polémica entre Iusnaturalismo y Positivismo. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.pdf>. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Parma, C. Derecho Natural. Nociones Fundamentales y Desarrollo Históricos. Disponible en: <http://www.carlosparma.com.ar/index.php>
- Pedrajas, M. (2006). El Desarrollo Humano en la Economía Ética de Amartya Sen. Tesis doctoral. Departamento de Filosofía de Derecho, Moral y Política. Universitat de Valencia. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/245948919/El-Desarrollo-Humano-en-La-Economia>.
- Ramírez, E. (n.d.). El Derecho Natural. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos>). Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Rawls, J. (2006). Teoría de la justicia. Traducida por María Dolores Gonzáles. Título original: A Theory of Justice. 1971. Publicada por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. Disponible en: www.libertario.org/.../140-john-rawls-teoría-de-la-justicia. Consultado el 28 de mayo del 2010.
- Romero, A. (n.d.). ¿Fue Hobbes un Liberal? Disponible en: <http://anibalromero.net>, Consultado el 30 de mayo del 2010.
- Rivera, V. (n.d.). Teoría de la Justicia Aplicada al Derecho de Propiedad. En Derecho – Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de

San Agustín. Disponible en: <http://www.unsa.edu.pe/escuelas/de/revderecho/REVISTA09>. Consultado el 30 de mayo del 2010.

San Emeterio Martín, N. (2002). La Doctrina Económica de la Propiedad: De la Escolástica a Adam Smith. Memoria para optar el grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es/4577/1/ucm-t26121.pdf>. Obtenida el 30 de mayo del 2010.

Trilleras, A. (n.d.). La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Trabajo de grado para optar el título de Magíster en Derecho. Universidad Nacional de Bogotá Colombia. 2009. Disponible en: <file:///C:/Users/dXTO/Desktop/Extinci%C3%B3n%20de%20dominio-trabajo-colombia>. Consultado en fecha 30 de mayo del 2010.

Velásquez, V. (n.d.) Hans Welzel: una aproximación a su vida y a su obra. Recuperado de: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/pdf>. En fecha 30 de mayo del 2010.

ANEXOS

ANEXO No 1

GUIA O FICHA DE INVESTIGACIÓN DE CONTENIDO

EXTENSIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO A PARTIR DE SUS FUENTES FILOSÓFICAS Y DOCTRINARIAS

I. IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO

- 1.1 TÍTULO:
- 1.2 AUTOR:
- 1.3 LUGAR DE EDICIÓN: AÑO: PÁG.....
- 1.4 EDITORIAL:

II. CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN

DENOMINACIÓN DEL DOCUMENTO	ARGUMENTO	PÁG.	COMENTARIOS U OBSERVACIONES
DENOMINACIÓN DEL DOCUMENTO	ARGUMENTO	PÁG.	COMENTARIOS U OBSERVACIONES

ANEXO No 2

DECRETO LEGISLATIVO N° 1104

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

Que, el Congreso de la República por Ley N° 29815 y de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre materias específicas, entre las que figuran la modificación de la legislación que regula el proceso de pérdida de dominio para ampliar sus alcances a los delitos vinculados a la minería ilegal, fortalecer la investigación y procedimiento, así como perfeccionar la incautación, decomiso y destrucción de los objetos, instrumentos o efectos del delito y su administración, según el caso;

Que, conforme a los alcances de la delegación de facultades legislativas, es conveniente efectuar una reforma normativa conducente a asegurar que la pérdida de dominio sea aplicable con eficacia a los delitos en los que ya opera y que se amplíen sus alcances a otros tipos penales referidos a la minería ilegal y al medio ambiente, así como los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales;

Que, es conveniente asegurar que el Estado cuente con los instrumentos legales que permitan una firme lucha contra el crimen organizado dentro del cual se insertan las actividades de minería ilegal, lo que requiere estatuir un ordenamiento eficaz de pérdida de dominio y del sistema de incautaciones o decomisos de objetos, instrumentos, efectos y ganancias provenientes del delito;

Que, la legislación actual sobre pérdida de dominio adolece de diversas deficiencias e imprecisiones en relación a su ámbito de aplicación, lo que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, al coexistir en la práctica con las normas generales y especiales sobre incautación y decomiso de bienes, lo cual hace indispensable determinar con claridad el marco normativo aplicable y las competencias específicas en cada caso;

Que, la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal que, por el principio de igualdad, debe ser aplicable a todos los delitos que, por su lesividad y trascendencia social, ameritan la intervención inmediata y severa del Estado, incluyendo la minería ilegal, a efectos de potenciar la eficacia de la lucha contra el crimen organizado y contar, de este modo, con las herramientas legales que puedan ser aplicadas de modo transversal y conforme a procedimientos legales claros, pertinentes y eficaces;

Que, de igual modo, es necesario contar con una mejor regulación sobre la recepción, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso, disposición, subasta y, en su caso, devolución de bienes incautados, así como aquellos involucrados en la pérdida de dominio, en la medida que se ha reportado que los bienes incautados a la minería ilegal y de otras actividades delictivas vienen sufriendo deterioro y generando altos costos en su administración, lo que requiere ajustes importantes para una mayor eficacia en la forma en que se disponen de los mismos;

Que, es preciso también contar con las facultades que permitan que los bienes riesgosos, peligrosos o dañinos a la seguridad pública y que sean objeto del delito de minería ilegal y otros ilícitos conexos, puedan ser destruidos;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y;

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEGISLACIÓN SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto regular la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, así como establecer los mecanismos de distribución y administración de los bienes o fondos recaudados.

Artículo 2.- Concepto y ámbito de aplicación

2.1. La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso.

2.2. Se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Artículo 3.- Criterios de aplicación

A efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo debe tenerse en cuenta que:

- a) Se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso.
- b) La acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte (20) años.
- c) Se puede incoar la acción de pérdida de dominio aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de éstos.

Artículo 4.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio procede cuando se presume que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo y cuando concurren alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.
- b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.
- c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.
- d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.

Artículo 5.- Bienes afectados

5.1. La pérdida de dominio se aplica en los supuestos del artículo anterior sobre aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva.

5.2. También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos.

5.3. Asimismo, procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud.

5.4. Tratándose de organizaciones criminales procede la pérdida de dominio aun cuando no se trate de bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, siempre que estén dedicados al uso o servicio de la organización criminal.

Artículo 6.- De la obligación de informar sobre la existencia de bienes sujetos a la presente acción

6.1. El Fiscal, el Juez, el Procurador Público, el Notario Público, el Registrador Público, cualquier servidor o funcionario público o cualquier otra persona obligada por ley, especialmente las pertenecientes al sistema bancario y financiero que, en el ejercicio de sus actividades o funciones tome conocimiento de la existencia de

objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, deberán informarlo al Ministerio Público, en un plazo no mayor de diez (10) días naturales de haber tomado conocimiento del hecho.

6.2. Se reservará la identidad de cualquier persona natural o jurídica que proporcione la información a que se refiere el numeral precedente, sin perjuicio de brindarle las medidas de protección adecuadas. El Ministerio Público emitirá las disposiciones reglamentarias pertinentes.

6.3. En el supuesto que la información proporcionada sea falsa, tendenciosa o con el propósito de ocasionar perjuicio, la persona natural o jurídica que proporcione la misma, asume las responsabilidades civiles, penales o administrativas correspondientes.

6.4. Las autoridades competentes, para efectos de la aplicación del presente Decreto Legislativo, podrán solicitar información a los Estados, organismos y entidades internacionales habilitados para este efecto por tratados o convenios de cooperación.

Artículo 7.- De la naturaleza del proceso

El proceso de pérdida de dominio materia de la presente norma, es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro.

Artículo 8.- Normas aplicables

El proceso de pérdida de dominio se sujeta a las disposiciones del presente Decreto Legislativo. Supletoriamente se aplicarán las reglas del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, del Código de Procedimientos Penales, del Código Procesal Civil y demás normas pertinentes.

Artículo 9.- Del debido proceso

9.1. En el trámite previsto en la presente norma se garantiza el debido proceso, pudiendo quien se considere afectado, ejercer los derechos que la Constitución Política y las leyes le reconocen.

9.2. La carga de la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso, le corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda.

Artículo 10.- De la competencia

10.1. El proceso será conocido en primera instancia por el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 2 y en los supuestos de aplicación referidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo, quedando a salvo la asignación o determinación de competencias especializadas creadas por el Ministerio Público y el Poder Judicial. De haberse iniciado proceso penal relacionado a los delitos establecidos en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo y de existir en dicho lugar objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio el Juez que conoce el proceso penal.

10.2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público.

10.3. Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoce la primera demanda.

10.4. La Sala Penal o Mixta del mismo Distrito Judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación conforme al presente Decreto Legislativo.

Artículo 11.- Del inicio de la investigación

El Fiscal inicia la investigación de pérdida de dominio de oficio o por comunicación de cualquiera de las personas o entidades mencionadas en el artículo 6 del presente Decreto Legislativo.

Artículo 12.- De las medidas cautelares

12.1. El Fiscal, de oficio o a pedido del Procurador Público, podrá solicitar al Juez competente las medidas cautelares que considere más adecuadas para garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio sobre los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de los delitos señalados en el artículo 2 y en los supuestos del artículo 4 del presente Decreto Legislativo.

12.2. En el caso de bienes inscribibles el Registrador público deberá inscribir la medida cautelar ordenada, bajo responsabilidad, sin perjuicio de que se disponga la asignación o utilización inmediata de los mismos,

recurriendo a los mecanismos legales pertinentes en caso se encuentren ocupados. Tratándose de bienes no inscribibles, deberá observarse los criterios establecidos en el Código Procesal Civil.

12.3. En los supuestos previstos en el artículo 105 del Código Penal, cuando existan suficientes elementos probatorios que vinculen a la persona jurídica con la comisión del delito y cuando exista peligro de prolongación de sus efectos lesivos o de comisión de nuevos delitos de la misma clase o de entorpecimiento de la averiguación de la verdad, el Fiscal instará al Juez a dictar, según corresponda, la clausura temporal de sus locales o establecimientos, la suspensión temporal de todas o algunas de sus actividades, el nombramiento de un administrador judicial o la vigilancia judicial de la persona jurídica.

12.4. La solicitud de medida cautelar deberá ser resuelta por el Juez dentro de las veinticuatro (24) horas de solicitada. De ser necesaria la inscripción de la medida deberá cursarse los partes judiciales en el mismo acto en el que se concede. Asimismo, se podrá solicitar al Juez la autorización para la disposición de los bienes perecibles o de otros, cuya custodia sea excesivamente onerosa o peligrosa.

12.5. Las medidas cautelares podrán solicitarse, concederse y ejecutarse incluso antes de poner en conocimiento de los posibles afectados el inicio de la investigación establecida en el artículo 11 del presente Decreto Legislativo. Las medidas dispuestas en el proceso penal mantendrán su eficacia hasta que el Juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo pertinente.

12.6. La resolución judicial que concede las medidas cautelares es apelable dentro de los tres (3) días hábiles de notificada y la concesión del recurso impugnativo no tiene efecto suspensivo. La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado en la misma audiencia. Excepcionalmente, cuando los hechos revistan especial complejidad, puede aplazarse el pronunciamiento hasta tres (3) días hábiles posteriores a la realización de la vista de la causa.

Artículo 13.- Del proceso

13.1. Del desarrollo de la investigación preliminar

a) El Fiscal inicia la investigación preliminar mediante decisión debidamente motivada una vez que toma conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito conforme a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

b) El Fiscal en la investigación preliminar contará con la participación de la Policía Nacional del Perú a través de sus órganos especializados, así como de otras entidades públicas o privadas y con el auxilio de los peritos correspondientes.

c) Asimismo, el Fiscal podrá solicitar al Juez la adopción de las medidas cautelares que resulten adecuadas y el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil.

d) La investigación preliminar se realiza en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles; excepcionalmente, mediante resolución motivada, podrá prorrogarse por un plazo igual.

13.2. De la conclusión de la investigación preliminar

Concluida la investigación preliminar, el Fiscal podrá:

a) Demandar ante el Juez competente la declaración de pérdida de dominio, adjuntando los medios probatorios pertinentes con copias suficientes para quienes deban ser notificados.

b) Archivar la investigación preliminar, decisión que podrá ser objeto de queja por el Procurador Público o el denunciante, de ser el caso, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada. El Fiscal Superior Penal conocerá de la queja interpuesta, debiendo pronunciarse dentro de los diez (10) días hábiles de recibidos los actuados, con conocimiento del Procurador Público o del denunciante, de ser el caso. De considerarla fundada, ordenará al Fiscal Provincial presentar la demanda de pérdida de dominio ante el Juez competente; en caso contrario, aprobará el archivo, lo que no constituye cosa juzgada material. Para efectos de iniciar una nueva investigación, al amparo del presente Decreto Legislativo, se requerirán nuevos elementos de prueba.

13.3. De la actuación judicial

Durante la tramitación del proceso se observarán las siguientes reglas:

a) Recibida la demanda de pérdida de dominio presentada por el Ministerio Público, el Juez dentro del plazo de tres (3) días hábiles, deberá expedir resolución debidamente fundamentada. En caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declarará inadmisibles, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda. Contra la resolución que declara improcedente la demanda o el archivo de la misma, sólo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

b) La resolución admisorias se notifica dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su expedición, personalmente y mediante publicaciones. La notificación personal se realizará mediante cédula a las personas que pudieran resultar directamente afectadas y figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios o de cualquier otra titularidad patrimonial, de conformidad con lo previsto en los artículos 160 y 161 del Código Procesal

Civil. Se procederá a la publicación mediante edictos del auto admisorio de la demanda por tres (3) días naturales consecutivos en el Diario Oficial y en otro de amplia circulación de la localidad donde se encuentre el Juzgado.

A falta de diarios en la localidad donde se encuentre el Juzgado, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera y el edicto se fijará, además, en la tablilla del Juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión. El Juez podrá ordenar además que se publique el objeto de la notificación mediante radiodifusión, por tres (3) días naturales consecutivos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió. La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

La notificación por edictos o radiodifusión tiene por objeto emplazar a todas las personas que se consideren con legítimo interés en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

c) El Juez procede a la designación de curador procesal cuando no se ha ubicado al destinatario de la notificación personal y ha transcurrido el plazo de diez (10) días naturales de haberse efectuado la última notificación. Cuando se trate de persona incierta o con domicilio desconocido, se observará el mismo procedimiento.

d) El presunto afectado o el curador procesal podrán absolver la demanda de pérdida de dominio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución admisorio, con los medios probatorios que a su derecho convenga.

e) Mediante auto motivado, el Juez admite los medios probatorios que estime pertinentes, conducentes y útiles ofrecidos por los sujetos procesales, señalando día y hora para la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, la que deberá realizarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. La resolución que deniega la admisión de prueba podrá ser apelada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación, la que será concedida sin efecto suspensivo.

f) La audiencia referida en el literal e) debe realizarse en un solo acto, en el local del Juzgado y deberán actuarse los medios probatorios admitidos con participación directa del Juez, bajo responsabilidad. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la referida audiencia podrá suspenderse y continuarse al día hábil siguiente.

g) Sólo la observación al dictamen pericial dispuesto por el juzgado, acompañada de dictamen pericial de parte, dará lugar a una Audiencia Complementaria de Actuación de Medios Probatorios, a realizarse en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de efectuada la primera audiencia.

h) Concluida la actuación de medios probatorios, en cualquiera de los casos a que se refieren los literales f) y g), el Fiscal, el Procurador Público, el curador procesal y los abogados de los presuntos afectados, en este orden, podrán presentar sus respectivos alegatos. Acto seguido, en la misma Audiencia, el Juez dictará sentencia. Excepcionalmente, cuando el caso revista especial complejidad, la expedición de la sentencia podrá suspenderse hasta por diez (10) días hábiles.

i) Contra la sentencia que declare la pérdida de dominio o la que la desestime, sólo procede recurso de apelación, el cual se interpone debidamente fundamentado dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. En el caso de expedirse la sentencia en el acto de la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios o en su complementaria, el afectado podrá presentar la apelación debidamente fundamentada dentro del mismo plazo.

j) La Sala debe fijar fecha para la vista de la causa dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su elevación y absolver el grado dentro de los quince (15) días hábiles de realizada la vista.

Artículo 14.- Nulidad

14.1. Los pedidos de nulidad que formulen las partes serán resueltos de inmediato, sin previo trámite, salvo que el Juez requiera información esencial para resolver, en cuyo caso correrá traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de un (1) día hábil. Con absolución o sin ella, el Juez deberá resolver al día hábil siguiente.

14.2. Si la nulidad es planteada en la Audiencia de Actuación de Medios Probatorios, será resuelta previo traslado en dicho acto a los demás sujetos procesales.

14.3. El Juez podrá declarar de oficio la nulidad de existir vicios insubsanables; caso contrario convalidará, subsanará o integrará el acto procesal.

14.4. La resolución que resuelve un pedido de nulidad es recurrible dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación o, si es emitida en la misma audiencia, será recurrible en el mismo acto, sin efecto suspensivo.

Artículo 15.- De las excepciones

Las excepciones se presentan dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la demanda y son puestas en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de tres (3) días hábiles, para que expongan lo conveniente a su derecho. Las excepciones se resuelven en la sentencia.

Artículo 16.- De los terceros

Los terceros afectados podrán intervenir en el proceso ofreciendo los medios probatorios idóneos que acrediten fehacientemente el derecho invocado.

Artículo 17.- De los efectos de la sentencia

17.1. La sentencia que declara la pérdida de dominio y la extinción de los derechos o cualquier titularidad patrimonial y la cancelación de los gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien, dispondrá además su transferencia y/o titularidad en favor del Estado. Dicha resolución se inscribirá en el Registro Público respectivo.

17.2. La sentencia que desestime la demanda, en todo o en parte, dispondrá además el levantamiento o cancelación de las medidas cautelares dictadas o ejecutadas y la restitución del bien o de cualquier otra titularidad patrimonial o de su valor, más los intereses legales que correspondan, respecto del bien o los bienes liberados.

Artículo 18.- Subasta pública

Además de los supuestos de asignación o utilización temporal o definitiva, los bienes o derechos cuya titularidad se declara en favor del Estado podrán ser subastados públicamente dentro de los noventa (90) días naturales siguientes. El Reglamento del presente Decreto Legislativo determinará la forma y procedimientos de la subasta pública.

Artículo 19.- De la cooperación internacional

Los convenios internacionales de cooperación y asistencia legal o judicial, así como cualquier otro convenio internacional que regule la colaboración internacional en materia de decomiso y de localización, identificación, recuperación, repatriación y de pérdida o extinción del dominio de bienes, son aplicables a los casos previstos en el presente Decreto Legislativo. En esta materia, el Estado podrá celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación para facilitar la administración de bienes:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- Prioridad para la incautación o decomiso

El Juez, a pedido del Fiscal o del Procurador Público, bajo responsabilidad y con carácter prioritario, atendiendo a la naturaleza del proceso de pérdida de dominio que este Decreto Legislativo establece, determinará, cuando corresponda, la incautación o decomiso de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, asegurando su titularidad en favor del Estado para evitar su uso indebido o ilícito.

Segunda.- Creación de la CONABI

Créase la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, para la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, arrendamiento, asignación en uso temporal o definitiva, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado correspondientes al presente Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas ordinarias o especiales sobre la materia.

Para el cumplimiento de sus funciones la CONABI puede disponer del concurso y colaboración de todas las entidades del Poder Ejecutivo y demás organismos del sector público en los ámbitos nacional, regional y local, incluidas las empresas del Estado, los que no pueden negar su cooperación para la custodia, administración y conservación temporal de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme a lo dispuesto por este Decreto Legislativo y las demás normas ordinarias o especiales.

Tercera.- Conformación de la CONABI

La CONABI cuenta con un Consejo Directivo que está conformado de la siguiente manera:

- a) Un representante de la Presidencia del Consejo de Ministros, quien la presidirá;
- b) Un representante del Poder Judicial;
- c) Un representante del Ministerio Público;
- d) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;
- e) Un representante del Ministerio del Interior;
- f) Un representante del Ministerio de Economía y Finanzas;
- g) Un representante del Ministerio de Defensa;
- h) Un representante del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

Cada entidad designará a sus representantes en un plazo no mayor de quince(15) días naturales siguientes a la publicación del presente Decreto Legislativo.

La CONABI cuenta con una Secretaría Ejecutiva responsable de las tareas propias de su competencia. El Reglamento de la CONABI determinará las funciones del Consejo Directivo y de la Secretaría Ejecutiva y los procedimientos a que se refiere el presente Decreto Legislativo, así como los contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes, durante la investigación policial o proceso judicial.

Cuarta.- Funciones de la CONABI

Son funciones de la CONABI las siguientes:

a) Recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, asignar en uso, disponer la venta o arrendamiento en subasta pública y efectuar todo acto de disposición legalmente permitido de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

b) Organizar y administrar el Registro Nacional de Bienes Incautados - RENABI, que contiene la relación detallada de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

c) Solicitar y recibir de la autoridad policial, fiscal y judicial la información sobre los bienes incautados y decomisados, para proceder conforme a sus atribuciones.

d) Designar, cuando corresponda, administradores, interventores, depositarios o terceros especializados para la custodia y conservación de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

e) Disponer, de manera provisoria o definitiva, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, así como subastar y administrar los mismos.

f) Dictar las medidas que deberán cumplir las entidades del sector público para el correcto mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

g) Conducir, directa o indirectamente, cuando corresponda, las subastas públicas de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, que sean incautados o decomisados.

h) Disponer, al concluir el proceso o antes de su finalización y previa tasación, que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, incautados o decomisados, sean asignados en uso al servicio oficial de las distintas entidades del Estado, así como de entidades privadas sin fines de lucro.

i) Disponer el destino de los recursos producto de las subastas públicas.

j) Suscribir los convenios de administración de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado, con entidades públicas y privadas.

k) Proponer el presupuesto de la CONABI y los recursos destinados al mantenimiento, conservación y custodia de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de delitos cometidos en agravio del Estado.

l) Las demás que señale el Reglamento.

Quinta.- Incautación de recursos financieros

Establézcase que los recursos financieros incautados o decomisados se depositan en las cuentas que determine la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público - DGETP del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con la CONABI.

Sexta.- Facultades de la CONABI para subasta y liquidación de objetos, instrumentos, efectos y ganancias generadas por la comisión de delitos en agravio del Estado

6.1. Determinada la responsabilidad penal del imputado por sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada conforme a la normatividad ordinaria de la materia y, en su caso, producida la pérdida de dominio de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito conforme al presente Decreto Legislativo, la CONABI procederá a la subasta pública de los bienes, dando cuenta al Juez.

6.2. Dicha entidad también está autorizada a subastar antes de la conclusión del proceso, los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados que por su naturaleza o características puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación sea muy oneroso. En estos supuestos, se procede a la valorización o tasación de los bienes y efectos y se producirá la subasta pública de los mismos, dando cuenta al Juez. En caso se absuelva judicialmente a los imputados, la CONABI procede a la devolución del monto de la subasta, así como al pago de los intereses legales generados desde la fecha de su tasación.

6.3. La CONABI puede encargar a las entidades del Estado que custodian los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito incautados o decomisados, la subasta pública de los mismos. En estos casos, luego de deducidos los gastos de administración, se depositará el monto líquido en la cuenta que determine la CONABI.

6.4. La subasta levanta los gravámenes, cargas o derechos de uso o disfrute, arrendamientos o contratos de opción y demás actos que se hayan anotado o inscrito, disponiéndose la entrega inmediata del bien a su adjudicatario luego de suscrita la documentación correspondiente, siendo de aplicación supletoria el Código Procesal Civil y otras normas que resulten pertinentes.

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

6.6. Por Decreto Supremo se determinará la distribución del producto de la subasta pública, el cual se usará preferentemente para la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado.

Sétima.- Información sobre incautación

La Policía Nacional del Perú, el Fiscal, el Juez o la autoridad correspondiente, informarán a la CONABI inmediatamente de producida la incautación o decomiso para su registro y demás funciones a cargo de esta entidad.

Octava.- Facultad para destrucción de bienes peligrosos o dañinos

Podrán ser destruidos o inutilizados por la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, en el lugar en que se encuentren o en un lugar en que no se genere riesgo a terceros, cuando:

- a) Sean peligrosos o dañinos para la seguridad pública;
- b) Hayan servido, sirvan o sean objeto para la comisión de ilícitos penales;
- c) Generen perjuicio a derechos de terceros;
- d) Sean nocivos a bienes jurídicos protegidos.

En estos casos, el representante del Ministerio Público, para asegurar la conservación del carácter probatorio del elemento o elementos destruidos o inutilizados, levantará el acta de constatación respectiva, con los medios de prueba idóneos, pudiendo ser éstos filmicos o fotográficos.

Excepcionalmente, en los casos de inminente peligro o daño irreparable que pueda significar la existencia de los objetos señalados en el párrafo anterior, se faculta a la Policía Nacional del Perú o la autoridad competente a su destrucción o inutilización dando cuenta inmediata al Ministerio Público, levantando el acta respectiva.

Novena.- Custodia de drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas e insumos químicos

La Policía Nacional del Perú será la encargada de la custodia de las drogas ilegales, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, para su oportuna y eficaz destrucción; para tales efectos, informará a la CONABI de manera inmediata acerca de las incautaciones realizadas y la destrucción a la que hubiere lugar.

Décima.- Custodia y disposición de insumos químicos

La custodia y disposición de los insumos químicos incautados o decomisados, así como de los medios de transporte utilizados para su traslado, se rige de acuerdo a la competencia y procedimiento dispuestos por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1103.

Undécima.- Competencia del Ministerio Público

El Ministerio Público, en tanto titular de la acción penal, ejerce sus funciones de conformidad con las normas y reglamentos que garantizan la seguridad, conservación, seguimiento, control y cadena de custodia de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito. Dentro del plazo máximo de diez (10) días naturales deberá informar a la CONABI sobre los bienes incautados o decomisados y las medidas iniciales de custodia y conservación, para que ésta proceda conforme a lo previsto en el presente Decreto Legislativo. Para el debido cumplimiento de estos fines, las entidades del sector público deberán cooperar con el Ministerio Público.

Duodécima.- Glosario

Para efectos del presente Decreto Legislativo se considera:

- a) Objeto del delito: bienes muebles o inmuebles sobre los que recae la acción delictiva.
- b) Instrumentos del delito: Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito.
- c) Efectos del delito: Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva.
- d) Ganancias del delito: Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir, los frutos o rentas de éste.
- e) Subasta pública: procedimiento administrativo, regido por los principios de transparencia, competitividad y legalidad, destinado a adjudicar en arrendamiento o en venta los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, a fin de garantizar la mejor opción a favor del Estado.

Decimotercera.- Delitos tributarios y aduaneros

Exclúyase del ámbito de competencia funcional de la CONABI a los bienes incautados o decomisados provenientes de la comisión de delitos tributarios y aduaneros, los mismos que se rigen de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas, la Ley N° 28008 - Ley de los Delitos Aduaneros y demás normas sobre la materia.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera.- Competencia funcional para el proceso de pérdida de dominio

En los Distritos Judiciales en los que se encuentre vigente el Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, será competente para conocer el proceso de pérdida de dominio en primera instancia, el Fiscal Provincial Penal así como el Juez de la Investigación Preparatoria. En aquellos lugares donde aún no se encuentre vigente dicho Código Procesal, será competente el Fiscal Provincial Penal o Mixto y el Juez Especializado Penal o Mixto, según corresponda.

Segunda.- Transferencias para la CONABI

La CONABI asume el objeto, bienes, presupuesto y competencias de:

- a. El Fondo Especial de Administración de Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado - FEDADOI;
- b. La Comisión de Administración de Bienes Incautados y Decomisados - COMABID, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos;
- c. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas - OFECOD, del Ministerio del Interior.

En un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles computados desde el día siguiente de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, dichas entidades informarán y, de ser el caso, transferirán progresivamente a la CONABI, bajo responsabilidad, la totalidad de los bienes, dinero y especies incautadas y decomisadas que obren en su poder, debidamente inventariados, señalando el estado situacional en que se encuentren, su ubicación territorial y entregando el acervo documentario a su cargo. En tanto no opere la transferencia, la entidad transferente mantiene la responsabilidad de la custodia y administración de los bienes a su cargo.

De resultar necesario, y para efecto de la transferencia de créditos presupuestarios de los pliegos respectivos a favor de la Presidencia del Consejo de Ministros, ésta se realiza mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Tercera.- Normas de adecuación

Las investigaciones preliminares y los procesos sobre pérdida de dominio que se encuentren en trámite, así como las incautaciones o decomisos efectuados en el marco de los procesos especiales, se adecuarán a lo dispuesto por el presente Decreto Legislativo y, asimismo, se ajustarán en cuanto corresponda a las competencias de CONABI.

Cuarta.- Administración temporal

Mientras dure el proceso de implementación de la CONABI, la Presidencia del Consejo de Ministros, en los casos que considere necesario, dispondrá la recepción, registro, calificación, custodia, seguridad, conservación, administración, asignación en uso, disposición y venta en subasta pública, de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito de minería ilegal incautados o decomisados al amparo de lo dispuesto en los Decretos Legislativos N° 1099 y N° 1100.

Quinta.- Uso de saldos de la Resolución Ministerial N° 402-2005-JUS

Los saldos asignados en virtud de la Resolución Ministerial N° 402-2005-JUS que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo no hayan sido real y efectivamente utilizados, incluyendo aquellos que se encuentren en el marco de convenios de administración de recursos, costos compartidos o similares, serán transferidos a la CONABI, excepto el destinado a la construcción de pabellones de establecimientos penitenciarios, cuya ejecución se encuentra a cargo del Instituto Nacional Penitenciario - INPE.

La CONABI, en un plazo no mayor de noventa (90) días naturales siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, transferirá los montos a que se refiere el párrafo anterior al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el objeto de que éste los destine al cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos.

Sexta.- Transferencia de reservas del Decreto Supremo N° 039-2005-PCM

El Presidente del Fondo creado en virtud de la Ley N° 28476 transferirá al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en un plazo no mayor de diez(10) días hábiles siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el monto reservado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 039-2005-PCM, incluyendo los intereses bancarios generados, dándose por compensado al Estado Peruano en su condición de agraviado y, por tanto, cumplida la Cláusula Segunda del Acuerdo suscrito entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América con fecha 12 de enero del 2004.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos destinará dichos recursos al cumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales del Estado Peruano en materia de Derechos Humanos.

Sétima.- Vigencia de las normas sobre incautación y decomiso

El presente Decreto Legislativo y lo que dispuso durante su vigencia el Decreto Legislativo N° 992, modificado por la Ley N° 29212, no dejan sin efecto la vigencia de las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico que regulan la incautación y el decomiso, las mismas que resultan plenamente aplicables.

Octava.- Autorización a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria para disponer de mercancías

8.1. Facúltase a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, para que durante un (1) año, a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, disponga de manera expeditiva de las mercancías que hayan ingresado a los almacenes de la SUNAT o a los almacenes aduaneros hasta el 31 de agosto de 2011, sea en situación de abandono, incautadas o comisadas, incluidas las provenientes de la minería ilegal, procedentes de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas o de la Ley N° 28008 - Ley de los Delitos Aduaneros, las mismas que serán rematadas, adjudicadas, destruidas o entregadas al sector competente, según su naturaleza o estado de conservación, sin perjuicio de que se encuentren con proceso administrativo o judicial en trámite. La disposición de estas mercancías no se regirá por la normatividad aplicable para la CONABI.

8.2. En caso exista un procedimiento administrativo por reclamo o apelación en trámite se procederá a notificar al propietario de la mercancía de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario. En caso exista proceso judicial en trámite, la SUNAT dará cuenta a la Sala que conoce del proceso, del acto de disposición en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de efectuada la disposición de la mercancía.

8.3. Las entidades del sector público podrán ser beneficiadas con la adjudicación de las mercancías disponiendo de un plazo de veinte (20) días hábiles para el retiro de éstas, vencido dicho plazo sin que se haya producido el retiro, la SUNAT queda autorizada para disponer nuevamente de ellas.

8.4. La SUNAT pondrá a disposición del sector competente las mercancías restringidas que se encuentren comprendidas en el numeral 8.1 de la presente disposición. El referido sector dentro del plazo establecido en el artículo 186 del Decreto Legislativo N° 1053 - Ley General de Aduanas deberá efectuar el retiro de dichas mercancías o pronunciarse sobre la posibilidad del ingreso de las mercancías al país. Vencido el citado plazo, y de no haberse efectuado el retiro de las mercancías o emitido el pronunciamiento, la SUNAT conforme a la naturaleza y estado de la mercancía procederá a su adjudicación o destrucción, previo pronunciamiento de una entidad especializada en la materia.

8.5. De disponerse administrativa o judicialmente la devolución de las mercancías, la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas efectuará el pago del valor de las mercancías determinado en el avalúo más los intereses legales correspondientes calculados desde la fecha de su valoración. Para estos efectos, el valor de las mercancías corresponderá al de la fecha de su avalúo realizado por la SUNAT de acuerdo a la Ley de los Delitos Aduaneros o las Normas de Valoración de la Organización Mundial de Comercio - OMC, según corresponda. En caso no exista elementos para efectuar la valoración, éste corresponderá al valor FOB que se determinará durante el proceso de la verificación física de dichas mercancías, aplicando para tal

efecto el valor FOB más alto de mercancías idénticas o similares que se registran en el Sistema de Valoración de Precios de la SUNAT.

8.6. La SUNAT queda facultada para aprobar las normas necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente disposición.

Novena.- Reglamento

El Reglamento del presente Decreto Legislativo se emitirá en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles siguientes a su publicación y será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros de Economía y Finanzas, Defensa, Interior y Justicia y Derechos Humanos.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

Única.- Modificación del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957

Incorpórese el numeral 4 al artículo 223 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes:

"Artículo 223.- Remate o subasta del bien incautado

(...)

4. Cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cuya titularidad haya sido declarada a favor del Estado mediante un proceso de pérdida de dominio y en los casos de incautación o decomiso de bienes, efectos o ganancias establecidos en las normas ordinarias por la comisión de delitos en agravio del Estado, la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI procederá a la subasta, en la forma y procedimiento establecido por la normatividad de la materia. El producto de esta subasta pública se destinará preferentemente a la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, conforme al Reglamento de la materia".

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Disposición derogatoria

Deróguese el Decreto Legislativo N° 992, Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio, modificado por la Ley N° 29212; la Ley N° 28476, el artículo 6 de la Ley N° 28635; los artículos 69, 78, 79, 80 y 81 del Decreto Ley N° 22095 y las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciocho días del mes de abril del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

ÓSCAR VALDÉS DANCUART
Presidente del Consejo de Ministros

DANIEL E. LOZADA CASAPIA
Ministro del Interior

JUAN F. JIMÉNEZ MAYOR
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

RENÉ CORNEJO DÍAZ
Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento
Encargado del Despacho del Ministerio de
Economía y Finanzas

ANEXO No 3

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Primera: Se debe modificar la ley de pérdida de dominio, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1104, que regula la aplicación y los procesos de pérdida de dominio, en el siguiente sentido: **“Artículo 2°.2 La pérdida de dominio, se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de cualquier tipo de delitos”**. De modo que incluso guardaría coherencia con el artículo 5° de la citada ley y el resto del ordenamiento jurídico, constituyendo un instrumento eficaz y más funcional dentro del sistema jurídico del país.

Segundo: Se debe incorporar una cláusula abierta siguiente: **“Artículo 2°.3.- Así como otras que provengan de una actividad ilícita que cause incremento patrimonial de bienes, derechos y/o títulos sin causa justa o legal”**.

-----oo0oo-----