



Análisis de la Ley N° 32326 que redefine la autonomía y la actividad ilícita en la Ley de Extinción de Dominio

Analysis of Law N° 32326 that redefines autonomy and illegal activity in the domain forfeiture law

Giammpol Taboada Pilco*

Resumen: El autor analiza la Ley N° 32326, que modifica la Ley de Extinción de Dominio (LED) en Perú, centrandó su atención en la redefinición del principio de autonomía del proceso de extinción y del concepto de actividad ilícita. La reforma exige, como regla general, una sentencia penal firme para proceder con la extinción de dominio, salvo en ciertos delitos graves. Critica la norma anterior por permitir la pérdida de bienes sin condena penal y por usar un concepto amplio e impreciso de "actividad ilícita", lo cual vulneraba derechos fundamentales como la propiedad, el debido proceso y la presunción de inocencia. Se sostiene que la reforma no contradice la Convención de Mérida ni las recomendaciones del GAFI, pues permite el decomiso sin condena en casos excepcionales. El autor también cuestiona la resistencia institucional a estas reformas, especialmente del SNEED y el Poder Judicial. Concluye que la Ley N° 32326 restablece el equilibrio entre eficacia estatal y garantías constitucionales, y corrige los excesos del régimen anterior.

Abstract: The author analyzes Law N° 32326, which amends the Asset Forfeiture Law (LED) in Peru, focusing on the redefinition of the principle of autonomy of the forfeiture process and the concept of illegal activity. The reform requires, as a general rule, a final criminal conviction to proceed with asset forfeiture, except for certain serious crimes. The author criticizes the previous law for allowing the loss of property without a conviction and for using an overly broad and vague concept of "illegal activity," which violated fundamental rights such as property, due process, and the presumption of innocence. It is argued that the reform does not contradict the Mérida Convention or FATF recommendations, as it permits forfeiture without conviction in exceptional cases. The author also questions the institutional resistance to these reforms, especially from the SNEED and the Judiciary. He concludes that Law No. 32326 restores the balance between state efficiency and constitutional guarantees and corrects the excesses of the previous legal framework.

Palabras clave: Extinción de dominio / Autonomía procesal / Actividad ilícita

Keywords: Asset forfeiture / Procedural autonomy / Illegal activity

Marco normativo:

- Código Penal: art. 102.
- Ley N° 32326: *passim*.

Recibido: 23/5/2025 // **Aprobado:** 27/5/2025

* Juez superior de La Libertad.

I. INTRODUCCIÓN

El 9/5/2025 se publicó la **Ley N° 32326**¹ que ha modificado los artículos I, II –numerales 2,3, 2.7 y 2.9 e incorporación del numeral 2.10– y III –numeral 3.1– del Título Preliminar, los artículos 2, 3 –incorporando un párrafo segundo–, 5 –numeral 5.1–, 7 –literal f) del párrafo 7.1–, 13 –párrafos segundo y tercero–, 14 –incorporando el párrafo 14.3–, 15 –numerales 15.1 y 15.4–, 19 –numeral 19.2–, 22 –numeral 22.3–, 32, 35 –numeral 35.1–, 37 y 39 –literal a) del párrafo primero– y la disposición complementaria final cuarta –párrafo tercero– del Decreto Legislativo N° 1373, Ley de Extinción de Dominio (en adelante, LED²). Se trata de modificaciones

sustanciales a la LED, necesarias para armonizar la eficacia del Estado en la persecución de bienes de origen o destino ilícito, con el respeto a los derechos fundamentales de las personas demandadas en el proceso de extinción de dominio.

El presente artículo se centrará específicamente en el análisis de las modificaciones al texto de la LED, relacionados con la redefinición del **principio de autonomía** (artículo II.2.3) y del concepto de **actividad ilícita** (artículo III.3.1), así como de los temas conexos a los mismos, sin ánimo de abarcar todas las modificaciones antes anotadas, lo cual que merecía un trabajo de investigación jurídica de mayor amplitud.

Cuadro comparativo de modificaciones

Artículos modificados	Texto actual	Texto sustitutorio
Art. II.2.3. Principio de autonomía	El proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquel.	El proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo, pero sujeto a una sentencia firme y consentida o de un laudo que se emita de un proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral. No se necesita la emisión de una sentencia firme y consentida o de un laudo, si están referidas a las siguientes actividades ilícitas penales: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal, estafa y delitos informáticos contra el patrimonio. En estos casos, el trámite del proceso judicial o arbitral no es oponible y el juez rechaza de plano cualquier pedido destinado a la suspensión del proceso. La resolución que resuelve es inimpugnable.

- 1 El 10/4/2025 el Congreso de la República aprobó en segunda votación el **Proyecto de Ley 3577/2022-CR**, cuyo texto sustitutorio fue enviado al pleno por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos al pleno el 12/12/2024. El Poder Ejecutivo público la Ley 32326 el 9/5/2025, sin ninguna observación.
- 2 Decreto Legislativo 1373, Ley de Extinción de Dominio, publicado el 4/8/2018, entró en vigencia el **2/2/2019**, al día siguiente de la publicación de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 7-2019-JUS, publicado el 1/2/2019.

<p>Art. III.3.1. Actividad ilícita</p>	<p>Toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo.</p>	<p>Toda acción u omisión delictiva contrarias al ordenamiento jurídico penal con sentencia penal firme y consentida relacionadas al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo.</p>
--	--	---

La Mesa de Trabajo del Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio (SNEED), conformado por los representantes del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Procuraduría Pública, al día siguiente de aprobarse en segunda votación el Proyecto de Ley 3577/2022-CR –antecedente de la Ley N° 32326, del 9/5/2025–; publicaron el **Comunicado de fecha 11/4/2025**³, fijando como posición oficial que “esta reforma, lejos de fortalecer el marco legal contra el crimen, **debilita** una herramienta jurídica esencial como la LED, la cual ha demostrado ser eficaz para recuperar bienes ilícitos y privar a organizaciones delictivas de los recursos que alimentan sus estructuras criminales (...). Es importante recordar que la Convención de Mérida contra la Corrupción y las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) insta y obliga al Perú a incorporar la figura de la extinción de dominio con autonomía del proceso penal, sin que se requiera una sentencia condenatoria penal firme”. Ante esa crítica del **oficialismo**, cabe preguntarnos: ¿La modificación de la LED dispuesta por Ley N° 32326, en lo referente

a la autonomía y la actividad ilícita, **en verdad** vulnera la Convención de Mérida y las 40 Recomendaciones del GAFI?

El oficialismo –a través de los integrantes del SNEED– ha estado realizando una campaña sistemática y mediática para defender la **inmutabilidad** del texto de la LED, criticando desde el inicio el Proyecto de Ley 3577/2022-CR –que en su versión inicial solo variaba la definición de actividad ilícita a delitos para luego en su versión final incorporar más modificaciones sustanciales–, así como la demanda de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LED presentada por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional. La posición interinstitucional de “cero modificaciones”, parte de la concepción ideológica que la LED es una norma jurídica perfecta y no perfectible como toda obra humana, peor aun cuando en el ámbito académico nacional había consenso en la necesidad de su reforma por vulnerar diversos derechos fundamentales y garantías procesales previstos en la Constitución y la ley⁴, comprobado en no pocas decisiones judiciales

3 Anteriormente, el Poder Judicial envió al Congreso de la República su opinión institucional respecto al Proyecto de Ley 3577/2022-CR, que modifica el DL 1373 sobre Extinción de Dominio, aprobado en primera votación el año 2024 –ahora convertida en la Ley N° 32326–, señalando que desvirtúa la figura jurídica de la extinción de dominio, herramienta de política criminal para luchar contra los efectos de la corrupción y la delincuencia organizada. Además, de aprobarse esta iniciativa en segunda votación, colocaría al Perú en una situación de **posible incumplimiento de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción** y de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), cuerpo intergubernamental creado para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo mundial [Nota de prensa de 20/2/2025. En: <https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/1113430-poder-judicial-proyecto-del-congreso-desvirtua-figura-de-extincion-de-dominio-contra-el-crimen-organizado>. Consulta al 25/4/2025].

4 Véase como referencia las entrevistas que aparecen en Youtube de los reconocidos juristas en materia constitucional Víctor García Toma, Aníbal Quiroga León, Ernesto Blume Fortini, Domingo García Belaúnde, entre otros.

arbitrarias que incluso fueron publicitadas en el programa televisivo “Cuarto Poder” con el apropiado título de “**Ley necesaria llevada al extremo**”⁵.

Llama la atención el activismo del Poder Judicial –integrante del SNEED– en esta cruzada de oposición a la modificación de la LED, antes y después de la aprobación y publicación de la Ley N° 32326, como se verifica del Comunicado de fecha 11/4/2025 y recientemente en el Comunicado de fecha 9/5/2025⁶, lo cual afecta en abstracto el **principio de imparcialidad judicial**, que no solo opera intra proceso por los órganos jurisdiccionales

de extinción competentes en un caso –entre las partes–, sino también hacia la sociedad en general –**teoría de las apariencias**⁷–, cuando de forma pública a través de la Coordinación Nacional⁸, se toma partido a favor de los intereses sectoriales de la Fiscalía y la Procuraduría Pública en preservar in toto la LED, quienes tienen la condición de parte en el proceso de extinción de dominio (**PED**) y sin duda les conviene mantener el *statu quo*, **por facilitarles, a más no poder**, la persecución de bienes considerados ilícitos; tal es así que, en los últimos cinco años (años 2019 al 2024) se han resuelto **1,510** expedientes con sentencias fundadas⁹, de los cuales **608** expedientes

- 5 En el Programa Cuarto Poder se dio a conocer a la opinión pública diversas decisiones calificadas como “extremas” –mejor dicho, arbitrarias– en las que se extinguió la propiedad de vehículos (ómnibus y camiones) de empresas formales dedicadas al transporte público de pasajeros, por la conducta desleal de los choferes (empleados) al trasladar sin conocimiento ni autorización del empleador, bienes calificados como objetos de la actividad ilícita delictiva de contrabando, aplicando la causal prevista en el artículo 7.1.a LED [Cuarto Poder. América noticias. Extinción de dominio. Ley necesaria llevada al extremo. En: <https://www.youtube.com/watch?v=BeqN7mmlWn8>. Consulta al 15/4/2025].
- 6 Comunicado del Poder Judicial sobre la Ley 32326 que modifica la Ley de Extinción de Dominio. 9/5/2025. En: <https://www.gob.pe/institucion/pj/informes-publicaciones/6755474-comunicado-del-poder-judicial-sobre-la-ley-32326-que-modifica-la-ley-de-extincion-de-dominio>. Consulta al 18/5/2025].
- 7 STC 512-2013-PHC/TC, de 19/6/2013: En lo que se refiere a la “imparcialidad”, existen dos aspectos que deben tenerse en cuenta con relación a este requisito. En primer lugar, el tribunal debe hallarse subjetivamente libre de cualquier prejuicio o tendencia personal. En segundo lugar, debe ser imparcial también desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer las suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima al respecto [fundamento 3.3.7]. Esta teoría, llamada de la **apariencia** y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo “justice must not only be done; it must also be seen to be done” [**no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace**] (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Delcourt vs. Bélgica, de 17/1/1970, párrafo 31) [fundamento 3.3.6]. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el juez se encuentre en una relación lo **razonablemente equidistante** de ambas partes, de manera que el proceso judicial cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez independiente e imparcial [fundamento 3.3.8].
- 8 El magistrado Luján Tupez –Coordinador del SNEED Poder Judicial– en la entrevista de fecha 1/3/2025 del Programa LP Pasión por el Derecho, con el título “Juez Supremo defiende polémica extinción de dominio”, ante la pregunta del entrevistador ¿si hubiera casación eventualmente podrían llegar casos de extinción de dominio a su despacho, usted se inhibiría?, respondió “**si eso ocurriese, obviamente, yo por hacer lo que estoy haciendo, por defender una causa justa, me inhibiría**” (minuto 51) [En: <https://www.youtube.com/watch?v=OPHrgCYCyOQ>. Consulta al 15/4/2025]. Lo curioso es que la Ley 32326, ha incorporado el recurso de casación en el artículo 40-A LED, produciéndose entonces una causal sui generis de inhibición a futuro, en la eventualidad de llegar a la Corte Suprema un recurso de casación en un caso concreto, al reconocer públicamente dicho magistrado su oposición a la modificación de la LED; empero, tal circunstancia, a priori, no encaja en ninguna de las causales de inhibición previstas en el artículo 53 CPP, por lo que, menudo problema jurídico tendrán los demás Jueces Supremos para resolver esa “inhibición” de producirse.
- 9 Según el Ministerio Público, durante los años 2019 al 2024 se han obtenido **1,510 sentencias fundadas**. Sólo en el año 2024 se obtuvieron 555 sentencias, 240 por delito de tráfico ilícito de drogas (43.20 %), 121 por delito de contrabando (21.80 %), 58 por minería ilegal (10.5 %), 42 por lavado de activos (7.6 %) y 94 por otras

fueron impugnados y solo el **5.92 %** fueron **revocados**¹⁰, lográndose “**recuperar**” –eufemismo de pérdida de propiedad de una persona– hasta el primer trimestre del 2025 el monto de 172 640 545.00 dólares americanos (más de 630 millones de soles)¹¹.

El discurso pragmático del SNEED, basado en las abrumadoras cifras de casos ganados por la Fiscalía que ha permitido “recuperar” cientos de millones de soles a favor del Estado, para pretender con ello darle legitimidad a la LED a efectos de que no sea modificada, significa sin más, prevalecer la “eficacia” en la persecución patrimonial del Estado sobre los derechos fundamentales y garantías procesales de las personas, lo cual constituye una senda muy peligrosa de análisis que riñe con la predica del artículo 1 Constitución: la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. El principio dignidad descarta

cualquier intento de instrumentalización de la persona para satisfacer fines político-institucionales. Basta recordar que la misma “eficacia” se invocó en el pasado para justificar las condenas por delitos de terrorismo mediante un proceso penal especial, contrario a las garantías mínimas del derecho a un debido proceso, los cuales fueron anulados por diversas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional¹². Lo mismo ocurrió con los procedimientos disciplinarios inmediatos creados motu proprio con un mero reglamento, que permitió a la Junta Nacional de Justicia destituir en forma *express* a diversos magistrados supremos, los cuales también fueron anulados por el Tribunal Constitucional a través de diversas acciones de amparo, por contravenir el principio de jerarquía normativa y el derecho al procedimiento preestablecido por ley¹³. **“Quien no conoce su historia está condenado a repetirlo”.**

actividades ilícitas (16.9 %) [Ministerio Público. Nota de prensa de 25/2/2025. En: <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/noticias/1116144-fiscalias-especializadas-en-extincion-de-dominio-recuperaron-mas-de-s-560-millones-a-favor-del-estado>. Consulta al 13/5/2025]. El **82.2 %** de los procesos resueltos no fueron impugnados por los requeridos [Comunicado de 9/5/2015. Presidencia del Poder Judicial. En: <https://www.gob.pe/institucion/pj/informes-publicaciones/6755474-comunicado-del-poder-judicial-sobre-la-ley-32326-que-modifica-la-ley-de-extincion-de-dominio>. Consulta al 13/5/2025].

- 10 Informe 21-2025-GA-P-PJ de 19/2/2025 remitido por el jefe de gabinete de asesores a la Presidencia del Poder Judicial, en relación al Informe Técnico Legal remitido por el Coordinador del SNEED sobre el Proyecto de Ley 3577/2022-CR.
- 11 Comunicado de 9/5/2025. Presidencia del Poder Judicial. En: <https://www.gob.pe/institucion/pj/informes-publicaciones/6755474-comunicado-del-poder-judicial-sobre-la-ley-32326-que-modifica-la-ley-de-extincion-de-dominio>. Consulta al 13/5/2025.
- 12 STC 2192-2002-HC/TC, de 14/10/2002: Al realizarse el acto del juicio oral, sustentado en una acusación fiscal suscrita por un miembro del Ministerio Público no identificado, y al mismo tiempo llevarse adelante el juzgamiento oral y posterior condena por magistrados cuya identidad se desconocía, lesionó el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, toda vez que la actora estaba en la incapacidad de conocer con certeza quiénes eran los que la juzgaban. Así, el Tribunal Constitucional comparte, *mutatis mutandis*, el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual “la circunstancia de que los jueces intervinientes en delitos por traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia” (caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 30/5/1999. Párrafo 133) [fundamento 3].
- 13 STC 3250-2023-PA/TC, de 27/2/2025, caso Aldo Martín Figueroa Navarro: ha quedado en evidencia que la demandada, al emitir el Reglamento de Procesos Disciplinarios de la Junta Nacional de Justicia (RPDJNJ), aprobado por Resolución 8-2020 PLENO-JNJ, en el extremo que regula el procedimiento disciplinario inmediato, ha transgredido los límites impuestos en su propia Ley Orgánica, al contravenir el principio de jerarquía normativa y el derecho al procedimiento preestablecido por ley, consagrados en los artículos 51 y 139.3

Las decisiones judiciales firmes de extinción de dominio basadas en la aplicación literal de la LED, sin realizar ningún esfuerzo de concordancia práctica con la Constitución y el resto del ordenamiento legal por parte de los operadores jurídicos, para superar los graves defectos normativos en su ámbito sustancial y procesal, vienen siendo cuestionadas a través de procesos constitucionales de amparo, siendo declarados fundados, en no pocas ocasiones, en primera instancia por las Salas Superiores –sin pronunciamiento aun del Tribunal Constitucional–, ordenándose la anulación de lo resuelto en el proceso de extinción de dominio, cuando se constata la vulneración palmaria del derecho de propiedad y/o del debido proceso. Por ello resulta plausible la reforma efectuada por la Ley N° 32326, especialmente respecto a la redefinición del principio de autonomía y de actividad ilícita, con el objeto de que la LED tenga armonía con los derechos y garantías procesales reconocidos en la Constitución y la ley.

II. APLICACIÓN INMEDIATA DE LA LEY N° 32326

La **aplicación inmediata** de una norma, es aquella que se aplica a los hechos jurídicos, situaciones jurídicas, y relaciones jurídicas que suceden estando vigente la norma, desde el instante en que entra en vigor hasta su derogación; la **ultractiva**, es la que se aplica a tales hechos, situaciones jurídicas y relaciones jurídicas que suceden después que ha sido derogada o modificada;

o sea, al terminar su aplicación inmediata (artículos 2120 y 2122 del Código Civil); en tanto que la **aplicación retroactiva** es la que se hace de una norma a los hechos jurídicos, situaciones jurídicas y relaciones jurídicas sucedidos antes de entrar en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata (Casación N° 2052-2003-Lima, Sala Civil, del 22/9/2003, fundamento 5).

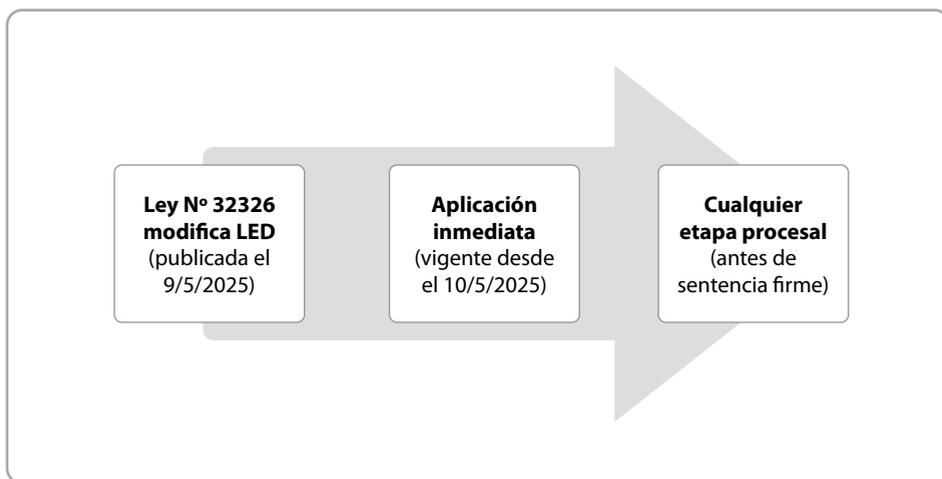
Las normas jurídicas detentan existencia y en razón de la misma cuentan con límites temporales, y por lo general producen efectos jurídicos desde su entrada en vigencia hasta su derogatoria y no tienen efectos retroactivos ni ultraactivos, lo cual depende de la teoría acogida en el ordenamiento jurídico; siendo que en las dos constituciones de 1979 y 1993 se acogió la **teoría de los hechos cumplidos** conocida también como la **teoría del efecto inmediato de la ley** (Casación N° 6483-2012-Lima, Sala de Derecho Constitucional y Social, publicada el 30/10/2015, fundamento 2.4). Queda determinado entonces que nuestro ordenamiento jurídico tiene por regla general que las normas jurídicas rigen a partir de su entrada en vigencia y no tienen efecto retroactivo salvo las excepciones previstas constitucionalmente y en las mismas leyes (fundamento 2.5).

La primera disposición complementaria y final de la Ley N° 32326, del 9/5/2025, ha precisado que: “Las modificaciones dispuestas en la presente ley son de **aplicación inmediata** a todos los procesos de extinción de dominio en trámite, sin importar la etapa

Constitución, respectivamente [fundamento 64]. En consecuencia, corresponde declarar la nulidad del procedimiento disciplinario inmediato seguido en contra del recurrente, seguido en el Expediente P.D. 3-2020-JNJ, así como todas aquellas resoluciones que se hayan expedido en el marco del mencionado expediente, entre ellas las resoluciones que dispusieron su destitución; esto es, las resoluciones 10-2021-PLENO-JNJ, de fecha 3/2/2021, y 41-2021-PLENO-JNJ, de fecha 2/7/2021, por haber lesionado su derecho al debido procedimiento. Por tanto, retrotrayendo las cosas al estado anterior de la vulneración del referido derecho y principio, corresponde disponer la reposición del recurrente en el cargo de juez supremo del que fue inconstitucional e ilegalmente destituido [fundamento 65].

procesal en la que se encuentren”. Por tanto, conforme al artículo 109 Constitución¹⁴, las modificaciones a la LED, dispuestas por la Ley N° 32326, están vigentes desde el **día siguiente** de su publicación en el diario oficial *El Peruano* ocurrido el **10/5/2025**, correspondiendo ser aplicado a pedido de parte e incluso de oficio por los jueces en estricta aplicación del principio de legalidad (artículo VII Código Civil)¹⁵, a todos los procesos en curso, siempre que, claro está, no hayan concluido con sentencia firme –consentida o ejecutoriada–. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que en el caso de las normas procesales penales rige el **principio *tempus regit actum***, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolver el acto (STC N° 399-2022-PHC/TC, del 4/10/2022, fundamento 7).

Para mayor claridad sobre la aplicación temporal de la Ley N° 32326, los procesos de extinción de dominio que se encuentran en despacho para la deliberación y emisión de la sentencia respectiva, sea en primera o segunda instancia, corresponderá a los jueces aplicar *ipso iure* las modificaciones a la LED, el mandato es categórico al señalar **“sin importar la etapa procesal en la que se encuentren”**. El desacato del juez al cumplimiento de la ley implicaría incurrir en delito de prevaricato (artículo 418 Código Penal)¹⁶, al otorgar de facto efectos **ultraactivos** a preceptos legales derogados y además perjudiciales para la protección del derecho fundamental a la propiedad y el debido proceso de los requeridos, con inobservancia del artículo 103 Constitución, concordante con el artículo I Código Civil sobre la regla de aplicación inmediata de las leyes.



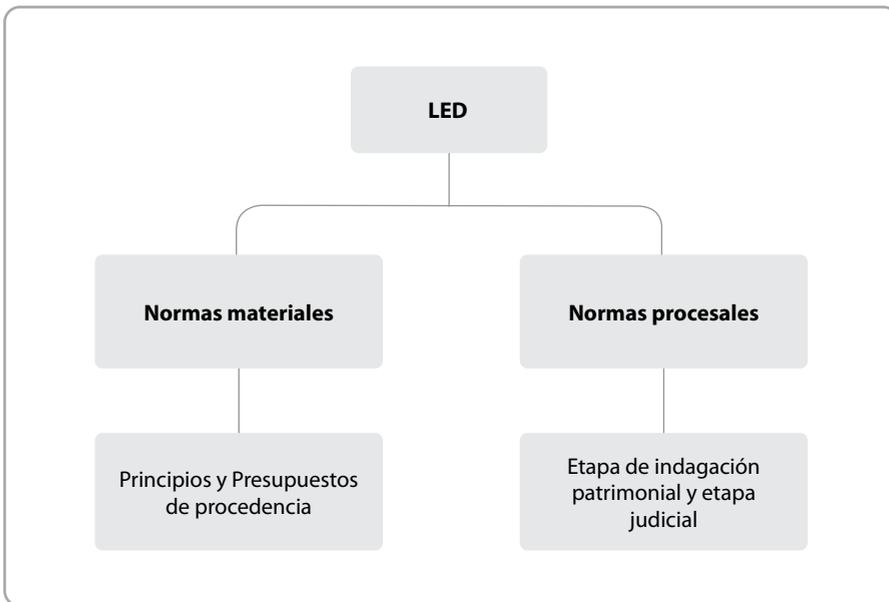
14 Artículo 109 Constitución: “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

15 Artículo VII Código Civil: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”.

16 Artículo 418 Código Penal: “El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, **manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley**, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

La **LED** está compuesta por **normas jurídicas sustantivas o materiales**, que regulan los principios, criterios y presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, configurándose como una **norma sancionadora civil**. De otro lado, contiene **normas jurídicas adjetivas o procesales**, que regulan el procedimiento de extinción de dominio estructurado en una etapa de indagación patrimonial y otra etapa judicial, para que

pueda declararse judicialmente la extinción de dominio del bien patrimonial del requerido (demandado) y el traslado a la titularidad del Estado, sin contraprestación ni indemnización alguna, previa interposición de la respectiva demanda por la Fiscalía Especializada de Extinción de Dominio. Se trata pues de un **decomiso civil** –similar al decomiso penal– que opera cuando el bien tiene un origen o destinación ilícita.



Esta diferencia sobre la naturaleza dual de una ley ha sido sostenida por la Corte Suprema en referencia al Derecho de Ejecución Penal, integrado por dos clases de normas: **materiales y procesales**, ya sea que determinen, como postula De La Oliva, **el qué de la decisión** –en el primer caso– o el **sí y el cómo de ella** –en el segundo caso–¹⁷. Es indudable que si las normas modifican los

presupuestos legales de los beneficios penitenciarios: tiempo de privación efectiva de libertad para su concesión, requisitos básicos para su obtención y las reglas de excepción o de sus regímenes especiales, se estará ante normas materiales de ejecución penal. Los ámbitos aludidos, desde luego, no toman como referencia el proceso ni el conjunto de actos y hechos que lo componen, –que es el

17 DE LA OLIVA, Andrés. *Derecho Procesal. Introducción*. Segunda Edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2002, p. 118.

elemento o dato que define la eficacia temporal de la norma procesal¹⁸– (Acuerdo Plenario N° 2-2015/CIJ-116, del 2/10/2015, fundamento 14).

La Ley N° 32326 ha modificado **normas materiales** (principio de autonomía y concepto de actividad ilícita, etc.) y **normas procesales** (correcta interpretación de la reserva en la etapa de indagación preliminar, procedencia del recurso de casación, etc.), las cuales son más favorables a la protección del derecho de propiedad y del debido proceso de los requeridos. La Ley N° 32326 ha dispuesto con meridiana claridad que las modificaciones dispuestas se aplican en forma inmediata, sin importar la etapa procesal en la que se encuentren, lo cual tiene coherencia con el artículo III Código Civil al prescribir que “la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. En tanto no haya sentencia firme en el proceso de extinción de dominio, se mantiene existente la relación jurídico procesal y por consiguiente aplicable la modificación legal, máxime si se trata de una ley más favorable.

III. DERECHO A LA PROPIEDAD

El artículo 70 Constitución prescribe: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”. El **derecho de propiedad** es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la **libertad económica** que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el

propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70 Constitución se reconozca que el “derecho de propiedad es inviolable” y que el “Estado lo garantiza” (STC N° 3258-2010-PA/TC, del 20/4/2011, fundamento 2). Por ello, el derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, a través de su uso, se realice la función social que le es propia. Asimismo, norma constitucional precisa que el derecho de propiedad se “ejerce en armonía con el bien común”. Y no solo esto, además, incluye el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos (fundamento 3).

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 posee en su contenido constitucionalmente protegido (fundamento 10). 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 deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la nación (STC N° 6251-2013-PA/TC, del 31/8/2017, fundamento 11). El derecho fundamental a la propiedad parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el

18 ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Cuarta Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2008, p. 27.

derecho a la propiedad debe ser interpretado no solo a partir del artículo 2.16, sino también a la luz del artículo 70 Constitución, el cual establece que este se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley (fundamento 8). 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 posee en su contenido constitucionalmente protegido (fundamento 12).

El derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: a) un derecho pleno, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) un derecho irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución (STC N° 3258-2010-PA/TC, del 20/4/2011, fundamento 4). En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse **restringido** en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución (fundamento 5).

El derecho fundamental a la propiedad **no es absoluto** –ningún derecho lo es–, sino que puede ser restringido en tanto no se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley como dispone el artículo 70 Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que el goce y

ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse **restringido** cuando este establecido por ley, sea necesario, proporcional y tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (STC N° 3258-2010-PA/TC, del 20/4/2011, fundamento 5). La restricción del derecho de propiedad en su máxima intensidad puede significar incluso su pérdida siempre que se cumplan con los presupuestos antes anotados, ello precisamente acontece cuando el bien tiene origen o destino ilícito, esto es, cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas que inciten la procedencia del decomiso penal –*intra* proceso penal– o a la de extinción de dominio –decomiso fuera del proceso penal o sin condena–, según la opción del legislador nacional.

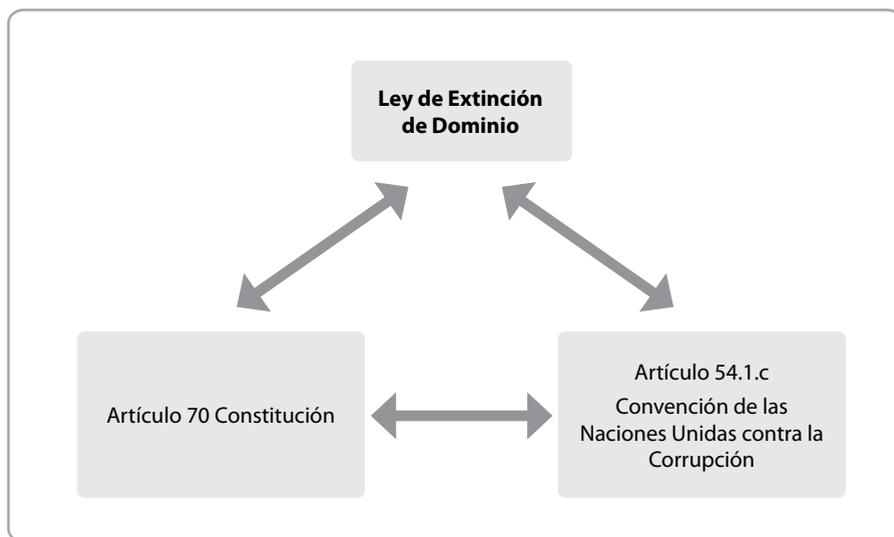
La pérdida o extinción de dominio como institución tiene el objetivo de obtener mecanismos para la lucha contra la delincuencia organizada y la generación de desincentivos en la obtención de ganancias ilícitas. La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae dentro del ámbito de la inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegible. No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas. Es más, en la extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo. Por ello, tiene igualmente una naturaleza civil (Casación N° 1408-2017-Puno, del 30/5/2019, fundamento 16). Está claro entonces que la pérdida o extinción de dominio tiene sustento en el artículo 70 Constitución, al sustentarse en la infracción del mandamiento de ejercer el derecho de propiedad en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley, lo cual tiene lugar cuando el bien tiene origen o destino en una actividad ilícita

delictiva acreditada con prueba suficiente en un debido proceso.

El proceso de 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 autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso (Casación N° 1408-2017-Puno, del 30/5/2019, fundamento 17). Es un mecanismo procesal especial totalmente independiente del proceso penal, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial; procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quién lo tenga en su poder o lo haya adquirido; en razón de que nuestro ordenamiento legal no avala o legitima la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto, cuya adquisición no haya sido obtenida dentro de los márgenes prescritos

por la Constitución o el Código Civil (fundamento 18).

Podemos concluir que el decomiso sin condena –también denominado pérdida o extinción de dominio– es una institución jurídica que tiene reconocimiento **implícito** en el artículo 70 Constitución –a diferencia del reconocimiento explícito del artículo 34 Constitución de Colombia¹⁹–, al prescribir que el derecho de propiedad “se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”. La implementación de un proceso autónomo de carácter real y de contenido patrimonial contra los bienes de origen o destino ilícito significa además el cumplimiento del compromiso asumido específicamente en el artículo 54.1.c Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificado por nuestro país. La LED es una restricción legal a la propiedad con cobertura constitucional y convencional.



19 Artículo 34 Constitución de Colombia: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social”.

La Ley N° 32326 acierta en reconocer el **derecho de propiedad** con la inclusión del artículo II.2.10 LED: “La extinción de dominio tiene como límite el derecho a la propiedad obtenido lícitamente y de buena fe, ejercida conforme al bien común y a los límites de la ley”. En ese sentido, queda claro que en el proceso de extinción de dominio (PED) se mantendrá el derecho de propiedad con origen o destino legal, el cual se encuentra protegido por la presunción de inocencia –respecto a la imputación de la actividad ilícita delictiva– y la presunción de buena fe –respecto al acto jurídico de adquisición o uso– a favor del requerido como parte demandada; contrario sensu, se perderá el derecho de propiedad cuando la Fiscalía como parte demandante logre satisfacer la carga de la prueba sobre la imputación de la actividad ilícita delictiva, el nexo de causalidad y la mala fe del requerido en el ejercicio del derecho real sobre el bien, destruyendo con prueba suficiente actuada en juicio, las presunciones legales antes reconocidas.

La LED crea la ficción jurídica que las personas no tienen derecho de propiedad sobre el bien de origen o destino vinculado a una actividad ilícita –ahora únicamente delictiva por Ley 32326–, bajo los **principios de nulidad** (artículo II.2.1)²⁰ y **dominio de bienes** (artículo II.2.4)²¹, de ahí que la consecuencia jurídica patrimonial de declarar fundada la demanda, sea la extinción de “dominio” –no de la propiedad–, trasladando a la esfera

del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de la actividad ilícita imputada, sin indemnización ni contraprestación alguna (artículo III.3.10). Ahora puede entenderse la manipulación del lenguaje por el SNEED, por ejemplo, en el Comunicado de fecha 9/5/2025, se anunció que “desde el 2019 hasta el primer trimestre del año 2025, el Poder Judicial ha logrado **recuperar más de 172 millones de dólares**”²². La acción de **recuperar** según la Real Academia Española es “volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía”. En el proceso de extinción de dominio se utiliza el eufemismo de que las personas no pierden el derecho de propiedad sobre su bien –pues solo tuvieron el dominio de este–, sino es el Estado el que “recupera” un bien que siempre le perteneció.

Este dogma de la LED sobre el no reconocimiento del derecho de propiedad del requerido a partir de la sola imputación fiscal respecto a que el bien ha sido objeto, instrumento, efecto o ganancia del delito, es reemplazado por el concepto de “dominio”, pero sin definirlo, entendiéndose a partir de la interpretación de los principios de nulidad y de dominio de los bienes que, estaría referido a la situación jurídica de un bien obtenido sin justo título o con destino contrario al ordenamiento jurídico, siendo por ello nulos de pleno derecho aquellos actos. No obstante, la definición de dominio según la Real Academia Española es “poder que tiene alguien de usar y disponer de lo suyo”. Sinónimo de

20 Artículo II.2.1 LED: “Nulidad: Todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico, son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

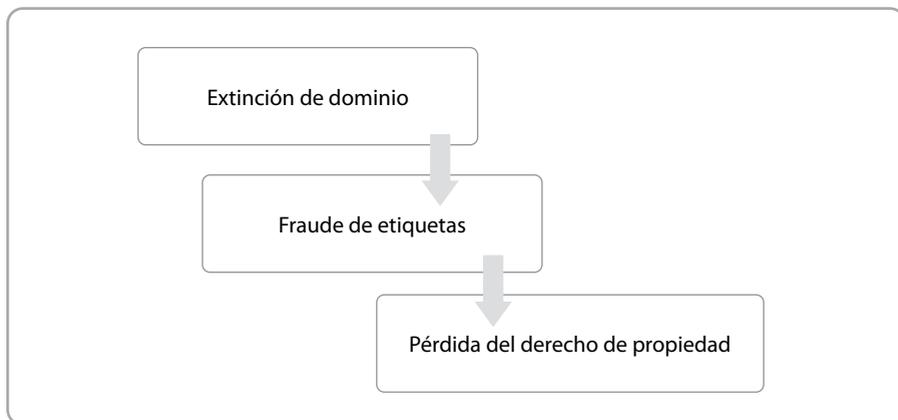
21 Artículo II.2.4 LED: “Dominio de los bienes: la protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquéllos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico. Asimismo, poseer, detentar o utilizar bienes de origen ilícito o destino ilícito no constituye justo título, salvo el derecho del tercero de buena fe”.

22 Comunicado del Poder Judicial sobre la Ley N° 32326 que modifica la Ley de Extinción de Dominio. 9/5/2025. En: <https://www.gob.pe/institucion/pj/informes-publicaciones/6755474-comunicado-del-poder-judicial-sobre-la-ley-32326-que-modifica-la-ley-de-extincion-de-dominio>. Consulta al 18/5/2025.

propiedad, posesión”. El Código Civil señala que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (artículo 896) y la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (artículo 923). El *animus domini*, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario. Esta expresión, se emplea para indicar la voluntad de un sujeto de tratar una cosa como suya (Casación Civil N° 3246-2015-Lima, del 25/1/2017, fundamento 3). Nótese la utilización peyorativa del concepto de dominio en la LED, contrario a su correcto entendimiento en la dogmática civil²³.

El **fraude de etiquetas** de la LED al llamar extinción de dominio para negar *a priori* lo que en rigor es la pérdida del derecho de propiedad del bien de una persona, que seguramente estará inscrito en registros públicos y sobre el cual se ejercen en el plano de la realidad los atributos inherentes a la propiedad. La etiqueta de “dominio” –en lugar de

propiedad– basado en las ficciones jurídicas creadas por los principios de nulidad y dominio de bienes, genera en el proceso de extinción una **presunción de injusto título o de destino ilícito del bien**, con el efecto perverso de invertir la carga de la prueba en el requerido, quien deberá demostrar la buena fe cualificada o exenta de culpa en la adquisición o utilización del bien, para que se le reconozca su derecho de propiedad recién con la sentencia firme de no fundabilidad de la demanda de extinción, dado que hasta antes solo tenía el “dominio” del mismo. El ordenamiento legal, contrariamente a la LED, reconoce la presunción de inocencia respecto a la actividad ilícita delictiva y la presunción de buena fe sobre los actos jurídicos de adquisición y uso del bien, por consiguiente, el fiscal como parte demandante será quien deberá acreditar la mala fe del requerido, o lo que es lo mismo, la causal de nulidad del acto jurídico por su fin ilícito –delictivo– (artículo 219.4 Código Civil).



23 Casación N° 2229-2008, Lambayeque, de 23/10/2008, II Pleno Casatorio Civil: “Mientras que Savigny, en consonancia con su visión de la posesión como imagen de la propiedad, considera que el *animus domini* consiste en un *animus domini*, esto es en una voluntad de señorío pleno sobre la cosa, Ihering, desde su perspectiva de la realidad de la posesión, consideraba que bastaba un puro *animus possidendi*: lo cual implica afirmar no sólo el valor jurídico de la apariencia, sino también la supremacía (o mejor la realidad) de la apariencia” [fundamento 24].

«Para mayor claridad sobre la aplicación temporal de la Ley N° 32326, en los procesos de extinción de dominio que se encuentran en despacho para la deliberación y emisión de la sentencia respectiva, sea en primera o segunda instancia, corresponderá a los jueces aplicar *ipso iure* las modificaciones a la LED, el mandato es categórico al señalar ‘sin importar la etapa procesal en la que se encuentren’».

El decomiso penal regulado en el artículo 102 del Código Penal (en adelante, CP) parte del principio de primacía de la realidad y reconoce el derecho de propiedad sobre el bien que constituye objeto, instrumento, efecto o ganancia de un delito, pero al haber incurrido su propietario en dolo o culpa inexcusable en la adquisición o uso del bien, ha vulnerado la **función social** prevista en el artículo 70 Constitución, dado que la propiedad para ser pasible de garantía por el Estado deber se ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En este sentido, la pérdida del derecho

de propiedad sobre el bien vinculado a la actividad ilícita delictiva con la consecuencia de trasladar su titularidad al Estado sin contraprestación alguna, al haberse acreditado la mala fe de su titular en el ejercicio de los poderes inherentes al mismo, constituye una restricción legal y constitucionalmente válida. Como puede apreciarse, la fórmula penal es más simple, a diferencia de las ficciones creadas en la LED –principios de nulidad y dominio de bienes– para sostener un fraude de etiquetas –llamando dominio a lo que en realidad es propiedad–, en contrasentido a la Constitución y la ley. Vale recordar por ello, el principio de la Navaja de Ockham: “la explicación más simple suele ser la más probable”.

IV. DECOMISO SIN CONDENA

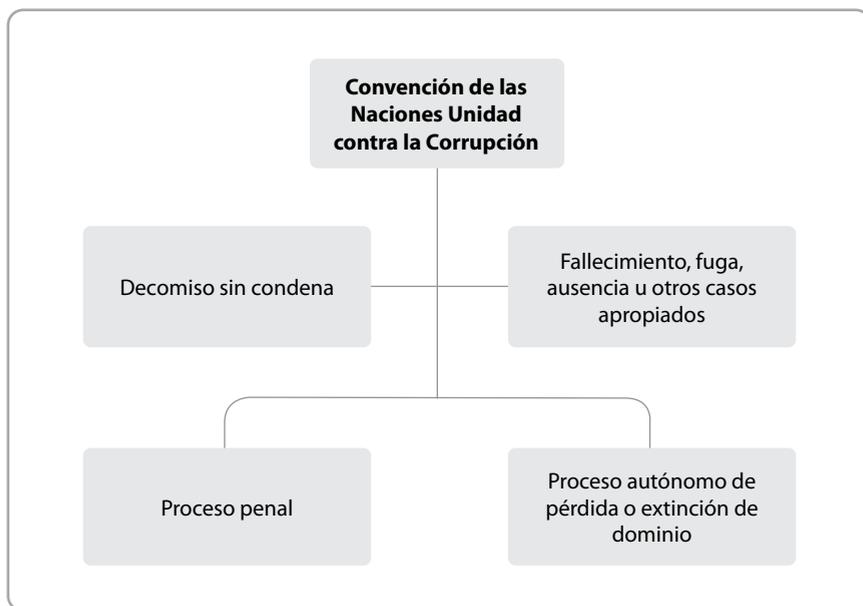
En el ámbito internacional²⁴, el decomiso sin condena ha sido regulado expresamente en la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** del año 2003 (Convención de Mérida), aprobado por Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357 del 6/10/2004, al señalar que cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito (blanqueo de dinero y del producto del delito, soborno, malversación o peculado, tráfico de influencias, etc., en el ámbito público y privado), consideren la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso de esos bienes **sin que medie una condena**, en casos que el **delincuente no pueda ser**

24 La **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** del año 2000 (Convención de Palermo) reguló la incautación y decomiso de bienes por la comisión de delitos de corrupción (artículo 12). De la misma manera, la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas** del año 1998, reconoció el decomiso de bienes por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (artículo 5).

enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados (artículo 54.1.c)²⁵.

Nótese que la Convención de Mérida reconoce el **decomiso sin condena** para situaciones excepcionales que importen la imposibilidad material –definitiva o provisional– de obtenerse una sentencia condenatoria sea por la muerte del imputado o por su incomparecencia al proceso penal. El compromiso internacional es legislar el decomiso sin condena, dejando a cada Estado determinar la vía procedimental más adecuada según la realidad de cada país. El legislador nacional puede optar por el decomiso sin

condena en el mismo proceso penal o en un proceso autónomo como el proceso de extinción de dominio (PED), o también optar por la doble vía de manera residual o subordinada. Los demás convenios internacionales (Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, entre otros), también ratificadas por nuestro país están dirigidos a positivizar en el derecho interno, la incautación y decomiso para delitos graves como la corrupción y el narcotráfico, pero sin referencia específica a la denominación de decomiso sin condena.



25 Artículo 54 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: (...) c. Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

“El decomiso penal regulado en el artículo 102 del Código Penal parte del principio de primacía de la realidad y reconoce el derecho de propiedad sobre el bien que constituye objeto, instrumento, efecto o ganancia de un delito, pero al haber incurrido su propietario en dolo o culpa inexcusable en la adquisición o uso del bien, ha vulnerado la función social prevista en el artículo 70 Constitución”.

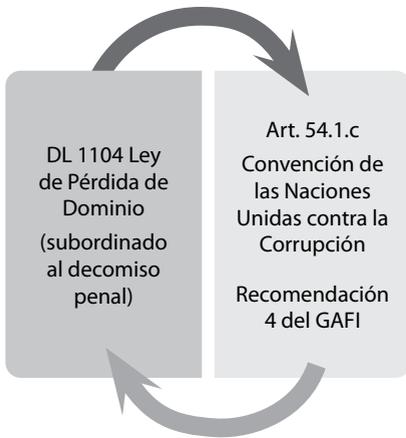
De la misma manera, las **40 Recomendaciones del GAFI** (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos)²⁶, ha señalado específicamente en la **Recomendación 4**: “Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados **sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena)**, o que exijan que el

imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales”. Vale precisar que las recomendaciones del GAFI –a diferencia del efecto normativo vinculante de los tratados o convenciones ratificados por Perú–, constituyen estándares internacionales a seguir para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, configurados como *soft law* –no legalmente vinculantes–. El GAFI, al igual que la Convención de Mérida, recomienda la implementación legal del decomiso sin condena para esas actividades delictivas.

Hasta acá podemos concluir el decomiso fuera del proceso penal o decomiso sin condena previsto en la Convención de Mérida y las Recomendaciones del GAFI, fue adoptado **acertadamente** por Perú con la dación del Decreto Legislativo N° 1104, del 19/4/2012, **Ley de Pérdida de Dominio**, regulando la procedencia de dicho proceso autónomo, cuando el decomiso de los bienes ilícitos –objetos, instrumentos, efecto o ganancias del delito– no hubiera sido posible dentro del mismo proceso penal conforme al artículo 102 del CP. En otras palabras, la regla era el decomiso penal y solo ante el acaecimiento de una imposibilidad física o jurídica de hacerlo

26 La creación del GAFI se remonta a 1989 en la cumbre del G-7 en París, como una respuesta de los siete países más industrializados (G-7) ante la preocupación por el lavado de dinero. El GAFI fue creado con el objetivo de establecer normas y promover la efectiva implementación de medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero. EL GAFI se encarga de desarrollar y promover políticas, en los niveles nacional e internacional, para llevar a cabo reformas legislativas y reglamentarias que permitan combatir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT). El GAFI está conformado por 37 miembros y 8 grupos regionales como organismos asociados; entre los que se encuentra el Grupo de Acción Financiera de América Latina (GAFILAT), creado el 2000. El GAFI ha desarrollado una serie de recomendaciones que son el estándar internacional para la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Perú es parte del GAFILAT [ARPASI PACHO, Javier Hilbert. “El principio de autonomía en el proceso de extinción de dominio en el Perú”. En: *Revista Especializada en el Derecho de Extinción de Dominio*. Publicación del Grupo de Estudio de Magistrados Peruanos de Extinción de Dominio. Año 01 MMXXI, Número 01, Lima, 2021, pp. 21-22].

al interior del proceso penal quedaba habilitado el proceso de pérdida de dominio de manera **subordinada o residual**. Esta **doble vía procesal** en la persecución real de los bienes ilícitos cumplía cabalmente con el artículo 54.1.c Convención de Mérida y la Recomendación 4 del GAFI que compromete a los Estados partes la posibilidad de adoptar las medidas normativas necesarias para permitir el decomiso sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

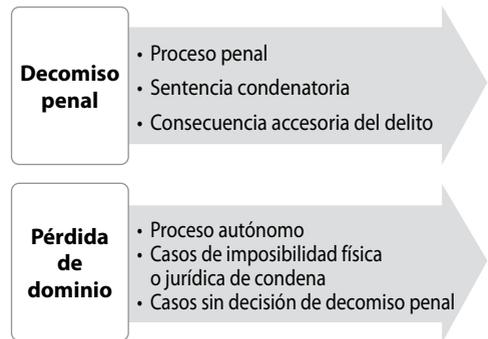


Conforme al artículo 4 Ley de Pérdida de Dominio:

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 DL y cuando concurren alguno 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 y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes.

La Ley de Pérdida de Dominio regulaba una suerte de decomiso civil subordinado al proceso penal, en casos de imposibilidad física (muerte) o jurídica (ausencia o contumacia, prescripción, etc.) de una condena, así como en aquellos casos en que no exista una decisión judicial de decomiso penal sobre los bienes de origen o destino ilícito delictivo.



La Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24/4/2024 sobre recuperación y decomiso de activos, en su artículo 15.1 sobre **decomiso no basado en una sentencia condenatoria** ha señalado:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que pueda procederse, en las condiciones establecidas en el apartado 2 del presente artículo, al decomiso de instrumentos, productos o bienes a que se refiere el

artículo 12 o productos o bienes que se hayan transferido a terceros tal como se menciona en el artículo 13 cuando se hayan incoado procesos penales que **no hayan podido continuar** debido a una o más de las circunstancias siguientes: a) enfermedad de la persona sospechosa o acusada; b) fuga de la persona sospechosa o acusada; c) fallecimiento de la persona sospechosa o acusada; d) el plazo de prescripción de la infracción penal correspondiente establecido por el Derecho nacional es inferior a quince años y ha expirado después de la incoación del proceso penal.

En España se optó por regular el decomiso sin condena en el mismo Código Penal de 1995 en el **artículo 127 ter**, ante la ocurrencia de situaciones objetivas impeditivas de concluir el proceso penal con una condena firme, con el siguiente texto:

El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque **no medie sentencia de condena**, cuando la **situación patrimonial ilícita** quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos: a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido.

Nótese la diferencia con el modelo peruano de doble vía de persecución real en el proceso penal y de manera subordinada o residual en el **proceso de pérdida de dominio**,

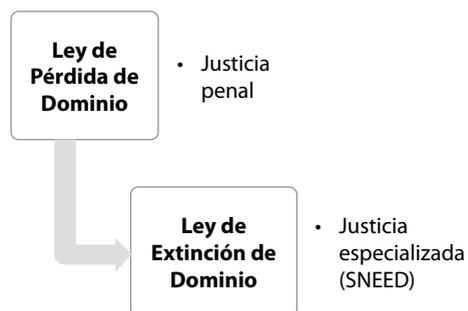
en tanto concurren los presupuestos de procedencia previstos en la ley (Decreto Legislativo N° 1104), a diferencia del modelo español que ha regulado en su Código Penal el decomiso sin condena, siendo por ello, declarado en el mismo proceso penal ante supuestos similares.

Por cierto, ni el GAFI ni ninguna otra institución oficial de la Unión Europea, ha cuestionado a España por incumplimiento de las disposiciones de la Convención de Mérida respecto al decomiso sin condena de bienes ilícitos, pues si bien no tienen reconocido una ley especial, ni un proceso autónomo de pérdida o extinción de dominio, ha regulado diversos supuestos habilitantes de decomiso de bienes ilícitos en el propio proceso penal, ante la imposibilidad o dificultad de obtenerse una condena, coincidentemente de manera similar a lo preceptuado en la derogada Ley de Pérdida de Dominio (Decreto Legislativo N° 1104) de nuestro país. Nadie podría considerar seriamente que España no cumple con sus compromisos internacionales por no tener una ley de extinción de dominio y con ello favorecer al crimen organizado, pues como se ha mencionado basta verificar el artículo 127 ter de su Código Penal, para constatar la correcta regulación del decomiso sin condena, previa acreditación de la **situación patrimonial ilícita** en el proceso penal.

Pese a la compatibilidad de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país con la legislación nacional sobre la persecución real de bienes delictivos, de manera **asolapada** y sin ningún debate legislativo –menos académico–, el Poder Ejecutivo mediante delegación de facultades legislativas, aprobó por Decreto Legislativo N° 1373 la actual Ley de Extinción de Dominio y derogó el Decreto Legislativo N° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, argumentando en la Exposición de Motivos que

“presenta dificultades de enfoque y diseño; y, en consecuencia de ejecución. El enfoque que dirige el proceso en la legislación actual es uno de carácter punitivo contra las organizaciones criminales. Así, la Pérdida de Dominio era concebida como un mecanismo para despojar a las organizaciones criminales del patrimonio adquirido a través de la comisión de delitos”. A ello se agrega, las pocas demandas de pérdida de dominio presentadas durante su vigencia, en contraste con el aumento significativo de casos judiciales a partir de la vigencia de la LED. Entre los años 2019 al 2024 se han resuelto **1,510** expedientes con sentencias fundadas, según información del Ministerio Público.

Las objeciones expuestas a la Ley de Pérdida de Dominio en la Exposición de Motivos de la LED sobre “**las dificultades de su enfoque y diseño**”, pudieron haberse superado con la oportuna implementación del **Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio (SNEED)**, con la finalidad que los procesos de persecución patrimonial de bienes ilícitos sean de competencia de **jueces especializados** en extinción de dominio, y no del juez que conocía el proceso penal como lo señalaba el artículo 10 Ley de Pérdida de Dominio, así como de fiscalías especializadas distintas a las penales. No se trataba entonces de un problema de deficiencia de técnica normativa o de incompatibilidad con los compromisos internacionales sobre la persecución de la riqueza mal habida de la delincuencia organizada, sino de una **adecuada organización administrativa judicial y fiscal** que permita el funcionamiento eficiente y eficaz de esta especialidad. Incluso el artículo 7 Ley de Pérdida de Dominio –al igual que la LED– reconoció su “trámite como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro”, garantizando el principio de autonomía.



La necesidad de incorporar reglas de decomiso sin condena como lo dispone la Convención de Mérida y el GAFI, se cumplía cabalmente con el reconocimiento del **modelo de doble vía** adoptado por nuestro país con el derogado Decreto Legislativo N° 1104, esto es, el decomiso en el proceso penal como regla y el proceso autónomo de pérdida de dominio subordinada al primero, ante la imposibilidad física o jurídica de obtenerse una condena. No obstante, como se ha anotado antes, el escaso número de casos incoados con la Ley de Pérdida de Dominio, fue la excusa para sustituirla por el Decreto Legislativo N° 1373 que aprobó la actual Ley de Extinción de Dominio (LED), modificando radicalmente el sistema legal de persecución de bienes ilícitos al invertir las reglas de juego, haciendo prevalecer el proceso de extinción de dominio (PED) derivado de una actividad ilícita-delictiva sobre el proceso penal para todos los casos de persecución patrimonial, al punto de inutilizar en la práctica el decomiso penal, bajo la redefinición del principio de –ultra– autonomía del PED.

Para consolidar este nuevo modelo de prevalencia del PED respecto del proceso penal y en general de cualquier otro procedimiento judicial o administrativo en el que se discuta las consecuencias jurídicas del origen o destino ilícito del bien, el mismo Decreto Legislativo N° 1373, modificó el artículo 102 del CP estableciendo la siguiente regla

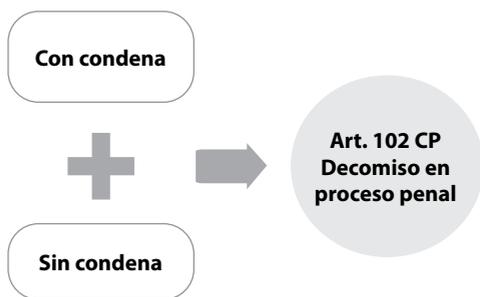
de exclusión cuando la actividad ilícita sea delictiva: **“El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso (...)”**. De esta manera, la LED se distancia del propio mandamiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, sobre la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes delictivos sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados (artículo 54.1.c). Asimismo, va en contrasentido a la Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo del 24/4/2024 sobre recuperación y decomiso de activos, en su artículo 15.2, precisa que el decomiso sin sentencia condenatoria se limitará a aquellos casos en los que, de no haberse dado las **circunstancias excepcionales impositivas** previstas en el artículo 15.1, **“el proceso penal correspondiente hubiera podido conducir a una condena penal”**.

La adaptación a la legislación interna del compromiso asumido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dejaba intacto el decomiso en el proceso penal y solo en casos excepcionales como los anotados en el referido precepto internacional habilitaba –de manera subordinada o residual– el decomiso sin condena a través de un proceso autónomo como estuvo correctamente regulado en la –derogada– Ley de Pérdida de Dominio. Esto debería ser así porque la **situación patrimonial ilícita** reside en la comisión de un hecho delictivo, cuya dilucidación es exclusiva –y excluyente– de la justicia penal. Dado que

efectivamente pueden ocurrir situaciones impositivas de una condena, cabe habilitar un proceso distinto y autónomo al proceso penal en el que se acredite con prueba suficiente la actividad ilícita derivada de un delito, pero solo a nivel de **injusto penal** –acción típica y antijurídica– vinculado al origen o destino del bien contra el cual se dirige la persecución real.

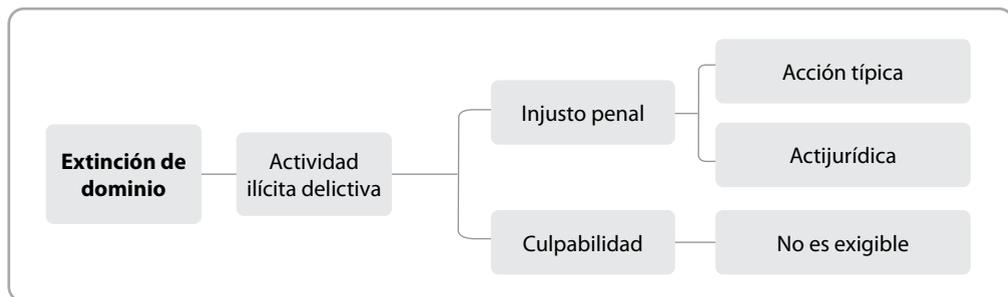
Para la imposición del decomiso penal –lo mismo aplica al decomiso civil de la LED– **no es necesario acreditar la culpabilidad** del agente del delito, siendo suficiente que el hecho imputado (sobre la base del cual se impone el decomiso) sea un **injusto penal**, es decir, una **conducta típica y antijurídica**. El decomiso se sustenta en la peligrosidad objetiva de los instrumentos u objetos del delito, en poder del agente del delito o eventuales terceros, quienes pueden utilizarlos o permitir su utilización por terceros en la comisión de futuros delitos; así como en el propósito de evitar el enriquecimiento indebido del agente del delito cuando se trata de efectos o ganancias, lo cual nada tiene que ver con la culpabilidad del agente a quien se le imputa el hecho²⁷. Por tanto, queda claro que conforme al artículo 102 del CP, **en el proceso penal también puede operar el decomiso sin condena**; tan cierto es ello, que en su texto se ha precisado que el juez “resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a **terceros**, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización”. Tercero es la persona ajena al delito, no tiene la condición de imputado como autor o participe del hecho punible.

27 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Decomiso, incautación y secuestro. Ideas. Segunda edición. Lima, 2015, pp. 36-37.



Sobre el decomiso es de precisar que se trata de una consecuencia accesoria de una infracción penal –no es, desde la consideración del Código Penal, una pena y, por ende, no integra el objeto penal del proceso–. Es una **medida restauradora o de corrección patrimonial distinta de la pena** –tiene un carácter más bien administrativo, pertenece al derecho administrativo de policía en orden a las potestades ablatorias de la Administración–. Tratándose de instrumentos del

delito el fundamento del decomiso es la **peligrosidad objetiva del bien** –su uso para la comisión de nuevos delitos similares–, y la finalidad de la medida es la eliminación de la peligrosidad. El supuesto de hecho del artículo 102 del CP no es penal, es **accesorio del delito, pero no de la pena**. No hace falta, pues, una condena del titular del instrumento del delito –por ejemplo, el camión que transporta insumos para la elaboración de droga–. Solo basta que se utilice para la comisión delictiva y que el titular, **aun cuando no sea responsable criminal** y lo adquirió lícitamente, no sea capaz de garantizar el cumplimiento del **deber de vigilancia** de la cosa, a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos –no fue una persona diligente– (Recurso de Nulidad N° 895-2018/Lima Sur, del 23/1/2019, fundamento 13)²⁸.



28 Recurso de Nulidad 895-2018/Lima Sur, de 23/1/2019: El día 19/2/2015, personal PNP de la DIREJANDRO en coordinación con personal de la SUNAT, luego de la revisión del camión de placa de rodaje W20-823, realizada en el pesaje de Pucusana que iba en dirección Norte a Sur con destino a Ayacucho, conducido por el encausado, se descubrió que oculto bajo productos de primera necesidad (abarrotes), tres bidones de plástico transparente con un peso total de 3460.70 kilogramos de insumos químicos fiscalizados -IQF (acetona y solvente orgánico aromático) [fundamento 3]. La acetona es un IQF que debe estar autorizado por la SUNAT, destinado a la elaboración de droga, para un kilo de clorhidrato de cocaína se necesita doce kilos de acetona, configurándose el delito tipificado en el artículo 296-B CP [fundamento 4]. Para encubrir la ilicitud del transporte de los IQF y pasarla camuflada junto con abarrotes se utilizó la razón social HIDKAR EIRL. [fundamento 5]. En lo concerniente al decomiso del camión donde se ocultó los IQF ocupados por la autoridad, se tiene que la Procuraduría Pública fijó como pretensión su decomiso [fundamento 13]. En el presente caso, existe el vínculo entre el camión y los encausados y es claro que ellos actuaron en un contexto delictivo: transporte de IQF destinados a la elaboración de la droga. En todo caso, ni siquiera fueron diligentes para evitar la utilización delictiva del camión; ellos no dan garantía de un uso legal del camión. El decomiso se impone [fundamento 14].

«La LED, antes de la reforma por Ley N° 32326, prescribía que el proceso de extinción de dominio (PED) es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en estos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquel artículo II.2.3)».

El decomiso no es una pena, sino una consecuencia accesoria. Específicamente, es una medida restauradora o de corrección patrimonial distinta a la pena. Se inscribe no en el poder punitivo del Estado, sino en su poder coercitivo (Casación N° 1553-2018/Nacional, del 6/8/2019, fundamento 6). Gálvez Villegas aclara que el decomiso penal no es una consecuencia accesoria, como mal se lo denomina normativamente, al ubicarse el decomiso previsto en el artículo 102 del CP dentro del capítulo II titulado “**Consecuencias accesorias**”. En todo caso, son consecuencias accesorias que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la

pena, ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil, sino que cumplen una **función autónoma**. Se trata de la imposición de consecuencias patrimoniales como complemento de la pena²⁹.

V. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

La LED, antes de la reforma por Ley N° 32326, prescribía que el proceso de extinción de dominio (PED) es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en estos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquel artículo II.2.3). En ese sentido, se reconoció como presupuesto de procedencia del PED, cuando se trate de bienes y recursos que han sido **afectados** dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa (artículo 7.1.f). Para consolidar esta autonomía, el Reglamento LED ha precisado que las medidas cautelares decretadas en materia de extinción **prevalecen** sobre cualquier otra dictada en otro proceso (artículo 21.4). Esta regla permite la superposición de la medida cautelar de incautación de extinción sobre el proceso penal, pese a que generalmente es ejecutada antes por efecto de la detención en flagrancia delictiva, rompiendo la regla general del artículo 639 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC³⁰) sobre la concurrencia y prelación de las medidas cautelares (primero en el tiempo, primero en el derecho).

29 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Ob. cit., pp. 36-37.

30 Artículo 639 CPC: “Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión”.

La autonomía en su máxima intensidad como estaba regulado en la LED había convertido en inoperativa la persecución real de los bienes ilícitos delictivos en el proceso penal, dado que aun cuando se haya afectado con una medida de incautación a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito como generalmente ocurre ante una situación de flagrancia delictiva (artículo 259 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–), prevalecerá la medida real posterior dispuesta en el PED sobre el mismo bien, aunado a la asunción *ipso iure* de la competencia material sobre la consecuencia jurídica patrimonial de extinción de dominio, descartando el decomiso en el proceso penal, por imperio del artículo 102 del CP –modificado por el Decreto Legislativo N° 1373–, que contrariamente a lo regulado antes con la Ley de Pérdida de Dominio, ha convertido el decomiso penal en subordinado al PED con la siguiente fórmula: “El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso (...)”.

El problema jurídico-constitucional desde la perspectiva del principio-derecho a la **observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional** (artículo 139.3 de la Constitución)³¹, está en que en el PED se procederá a declarar que el bien tiene origen o destino en una actividad ilícita delictiva, sobre la cual, el juez

penal en el proceso penal tramitado de modo paralelo y simultáneo, aún no ha emitido sentencia condenatoria firme, manteniéndose incólume por consiguiente la **presunción de inocencia** (artículo 2.24.e Constitución y artículo II.1 del CPP)³² de la persona a quien se le atribuye el hecho delictivo conectado con la adquisición y/o instrumentalización del bien, lo cual precisamente constituye el supuesto de hecho de la extinción de dominio. En otras palabras, el juez del PED declarará la existencia de una actividad ilícita delictiva para atribuir la consecuencia jurídica de la extinción de dominio sobre el bien del requerido, sin que previamente el juez del proceso penal tenga por acreditado con prueba suficiente –más allá de toda duda razonable– la comisión del delito sea por el mismo requerido (propietario-poseedor inmediato) o por otra persona dependiente de aquel en el uso del bien (poseedor mediato). Vale aclarar que solo el juez penal –no otro– puede declarar si la conducta imputada a una persona se subsume en un delito (artículo V del CP)³³.

El principio de autonomía del PED llevado al extremo, puede incluso **desconocer la cosa juzgada penal** derivada del sobreseimiento o la absolución del delito en el proceso penal, utilizando como sustento fáctico para iniciar o continuar la persecución patrimonial del bien vinculado al mismo supuesto de hecho

31 Artículo 139.3 Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

32 Artículo 2.24.e Constitución: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

Artículo II.1 CPP: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

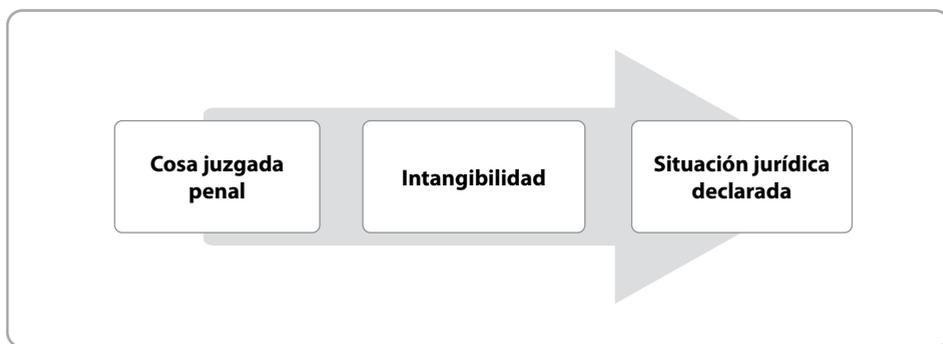
En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

33 Artículo V CP: “Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”.

con el *nomen iuris* de actividad ilícita. La LED solo reconoce la cosa juzgada de extinción, esto es, cuando respecto a los bienes patrimoniales que son objeto del proceso de extinción de dominio, se ha emitido en otro proceso una sentencia con calidad de cosa juzgada que debe ser reconocida dentro del proceso de extinción cuando medie identidad de sujeto, objeto y fundamento (artículo 5.4 Reglamento LED). En sentido contrario, el artículo 127.5 bis del CP de España en estricta observancia de la garantía de la cosa juzgada penal, prescribe que “el decomiso no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran **prescrito** o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por **sentencia absolutoria** o **resolución de sobreseimiento** con efectos de cosa juzgada”.

La institución de la **cosa juzgada** ha sido incorporada en la Constitución, como una garantía específica integrada a la garantía genérica de tutela jurisdiccional y, en su consecuencia, del *ne bis in idem* (no dos veces

sobre lo mismo) –efecto o función negativa de la cosa juzgada–. El artículo 139.13 de la Constitución estipula con carácter general, que está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La Constitución garantiza, de ese modo, el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la **intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas** –es uno de los elementos que integran el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional–. Si la cosa juzgada fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso y, además, se vulneraría la legalidad penal, integrada al debido proceso. Procesalmente la cosa juzgada se erige en un impedimento procesal, desde su efecto o **función negativa**: *ne bis in idem* –respecto del efecto o **función positiva**, prejudicial, la cosa juzgada impide que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme– (Casación N° 1027-2016-Ica, del 13/2/2017, fundamento 1).



El principio básico del que parte el concepto de cosa juzgada es el siguiente: los **juicios solo deben realizarse una única vez**. De donde se deriva que la cosa juzgada consiste en una **prohibición de reiteración de juicios**. La razón de ello es muy evidente, y puede resumirse de este modo: la seguridad

jurídica requiere que sobre cada asunto solamente puede decidirse una única vez. La jurisdicción existe para dar fijeza y seguridad a las relaciones humanas conflictivas. **Si hoy se determinó que existió un hecho delictivo, no es aceptable que mañana el mismo juez que dictó la sentencia, o**

cualquier otro juez, digan que ese hecho nunca existió, simplemente porque, en ese caso, los litigantes ya no sabrían a qué atenerse y, por otra parte, el sistema correría el riesgo de entrar en una total corrupción y falta de seriedad que, sin duda, acabaría con él. Como dijo Mayer con gran sencillez, lo que se pretende es que **no se decida de nuevo lo ya decidido**³⁴. Hay que considerar que este supuesto existe cuando haya identidad de hecho e identidad de sujeto, pero, además, es necesario que exista un **proceso concluido**, es decir que tenga carácter de cosa juzgada (STC N° 3756-2010-PHC/TC, del 11/11/2010, fundamento 10)³⁵.

La resolución de sobreseimiento o la sentencia absolutoria con la calidad de cosa juzgada sobre el delito materia de procesamiento penal, se erige en un impedimento procesal

que tiene el efecto o función positiva de impedir que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme. La seguridad jurídica requiere que sobre cada asunto solamente puede decidirse una única vez. Por ello, el artículo 139.13 Constitución garantiza el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas. Si en el proceso penal se determinó que no existió un hecho delictivo, no es aceptable que en el proceso de extinción de dominio o cualquier otro, se diga que ese hecho sí existió, bastando para ello con cambiarle de nombre a “actividad ilícita”, aunado a la disminución ostensible del estándar de prueba a “aquello que resulta más probable que lo contrario”³⁶, pese a la exigencia legal de prueba suficiente para producir **certeza** judicial (artículo II.1 CPP³⁷

34 NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Atelier. Barcelona. 2006, pp. 119-120.

35 Expediente N° 40-2020-90-1601-SP-ED-01/Lambayeque, Sentencia de Apelación de 19/3/2021, Sala Superior de La Libertad: La autonomía e independencia del proceso de extinción de dominio, determina que ni sus decisiones se subordinan a lo decidido en otros procesos ni la fundabilidad o infundabilidad de la sentencia en el proceso de extinción de dominio requiere la previa decisión de otro proceso cualquiera sea, pues resulta totalmente independiente y autónomo de otros procesos como el civil, administrativo, arbitral o penal; tal es así, que tiene su propio objeto, procedimiento exclusivo, causales y características propias [fundamento 28].

36 Expediente N° 24-2021-0-1601-SP-ED-01/Lambayeque, Sentencia de Apelación de 28/5/2021, Sala Superior de La Libertad: La casuística puede colocar a la jurisdicción en esta estación en dos escenarios, en los cuales el juez debe tener cierto grado de libertad o discrecionalidad frente al conjunto de pruebas para arribar a un estado de conocimiento acerca de los sucesos, así pues: en algunos pocos casos será de certeza, pero en la mayoría de las veces será de incerteza, por lo que verá obligado a elegir la hipótesis que sea más probable que su contraria, a esto los ingleses lo llaman balance probabilístico (*more probable or than oposite*). En cuanto a la metodología de elección de la hipótesis vencedora, dado que se trabaja en ámbitos de actividades ilícitas clandestinas de difícil probanza o en contextos de informalidad de difícil contradicción de probanza, se exige al juez elegir la hipótesis vencedora más probable que su contraria [fundamentos 21 a 23]. Nótese que la Sala de Extinción importa una fórmula del derecho anglosajón para crear como regla de juicio en PED el principio de culpabilidad, en la modalidad de *in dubio pro extinción*, en contrasentido al derecho nacional que ha reconocido el principio de presunción de inocencia (artículo 2.24.e) y el principio de aportación de parte (artículos 188 y 200 Código Procesal Civil), cuyo significado en términos prácticos sería “si el juez tiene duda sobre la actividad ilícita imputada por el déficit probatorio del fiscal dada la clandestinidad de su ejecución, entonces deberá optar por la extinción del bien”.

37 Artículo II.1 CPP: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

y artículo 188 Código Procesal Civil³⁸) que permita destruir: i. la presunción de inocencia sobre la actividad ilícita delictiva y ii. la presunción de buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos sobre el bien. Conforme al principio de aportación de parte, si el fiscal no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda de extinción será declarada infundada (artículos 196 y 200 del CPC)³⁹.

La Ley N° 32326, modifica el principio de autonomía regulado en el artículo II.2.3, señalando que “el PED es independiente y autónomo, pero sujeto a una sentencia firme que se emita en un proceso penal”, en armonía con el principio-derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución). Ello es así, porque el procedimiento previamente establecido en la ley para declarar una conducta como delictiva es el proceso penal y no otro. Por tanto, si el proceso penal concluyó con sentencia condenatoria firme bajo el estándar de prueba suficiente del delito, pero sin aplicar como consecuencia accesoria el decomiso sobre el objeto, instrumento, efecto o ganancia del delito, queda entonces habilitado el PED –subordinado a la condena firme–, para iniciar la persecución real de los bienes delictivos; ello sin perjuicio de proceder también en aquellos casos en

que existe una **imposibilidad física como la muerte del imputado** para llegar a una condena en el proceso penal. En ese sentido, el artículo 7.1.g LED ha reconocido como presupuesto de procedencia del PED, cuando se trate de **bienes objeto de sucesión por causa de muerte**.

La fórmula empleada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción consistente en habilitar el decomiso de bienes delictivos **sin que medie una condena**, en casos que el **delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia**, o en otros casos apropiados (artículo 54.1.c). No obstante, conforme a las modificaciones a la LED mediante Ley N° 32326, el único presupuesto que permite el decomiso civil sin condena en el PED será por la muerte del imputado al constituir una extinción de la acción penal, descartando cualquier otra circunstancia de impedimento físico o jurídico como lo propone la norma internacional antes anotada. La derogada Ley de Pérdida de Dominio tenía mejor técnica legislativa al señalar que dicho proceso autónomo procedía **“cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal”** (artículo 4.a), regulando con ello con mayor amplitud cualquier causa –física o jurídica– impeditiva del proceso penal, como la ausencia y contumacia (artículo 79 del CPP)⁴⁰, la

38 Artículo 188 Código Procesal Civil: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir **certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.

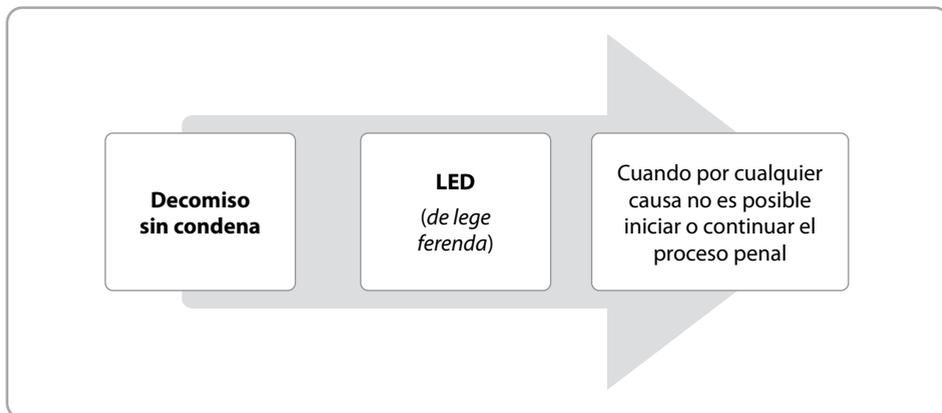
39 Artículo 196 Código Procesal Civil: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Artículo 200 Código Procesal Civil: “Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”.

40 Artículo 79 CPP: “1. El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará **contumaz** al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir. El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará **ausente** al imputado cuando se ignore su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso”.

prescripción y demás formas de extinción de la acción penal (artículo 78.1 del CP)⁴¹; por

ello, *de lege ferenda* debería incorporarse a la LED dicha fórmula.



Retomando la pregunta de la parte introductoria del presente artículo: ¿la modificación de la LED dispuesta por Ley N° 32326, en lo referente a la autonomía y la actividad ilícita, **de verdad** vulnera la Convención de Mérida y las 40 Recomendaciones del GAFI? La respuesta es **NO**, al contrario, la modificación del principio de autonomía previsto en el primer párrafo del artículo II.2.3 de la LED por la Ley N° 32326 de retorno a la regla de procedencia de la extinción de dominio del bien por una actividad ilícita delictiva cuando medie una condena, sin perjuicio de activarse el PED en los casos de imposibilidad de continuar el proceso penal (muerte del imputado), siempre que quede acreditada la situación patrimonial ilícita delictiva con prueba suficiente (injusto penal), es compatible con las normas internacionales antes anotadas que sugerían la adopción de medidas normativas internas nacionales de decomiso sin condena para delitos graves. Se trata de una **doble vía procesal**: penal y extinción de dominio en

una relación **residual o subordinada** con el objetivo común de atacar las conductas –con dolo o culpa inexcusable– de adquisición o uso delictivo de los bienes.

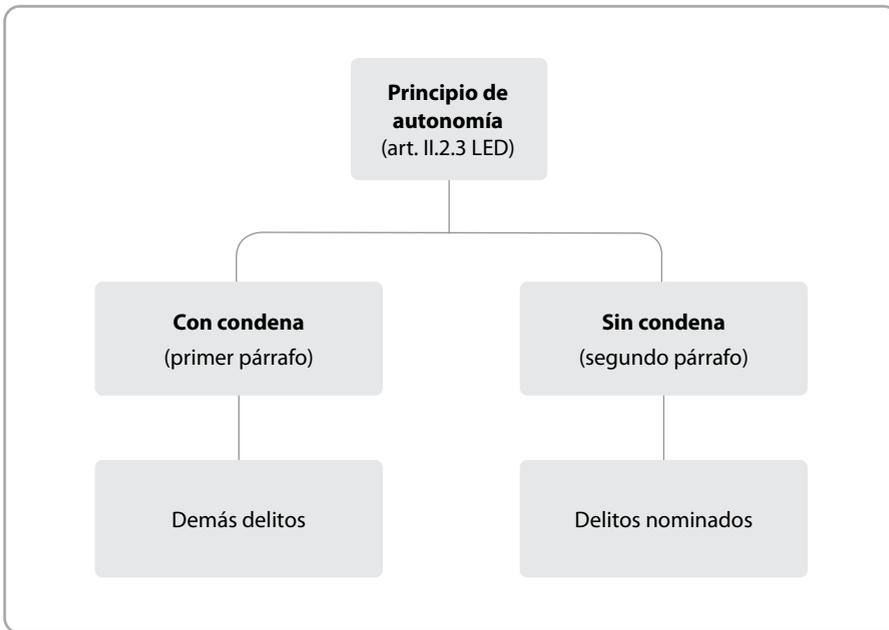
La Ley N° 32326 respecto al principio de autonomía ha incorporado al artículo II.2.3 de la LED, el **segundo párrafo** con el siguiente texto:

No se necesita la emisión de una sentencia firme y consentida o de un laudo, si están referidas a las siguientes actividades ilícitas penales: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal, estafa y delitos informáticos contra el patrimonio. En estos casos, el trámite del proceso judicial o arbitral no es oponible y el juez rechaza de plano cualquier pedido destinado a la suspensión del proceso. La resolución que resuelve es inimpugnable.

41 Artículo 78 CP: “La acción penal se extingue: 1. Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia”.

El listado cerrado –*numerus clausus*– de delitos nominales previsto en el **segundo párrafo** del artículo II.2.3 de la LED, en que no se requiere una condena previa para iniciar el PED, constituye un **contrasentido** a la redefinición del principio de autonomía anunciado en el **primer párrafo** del mismo artículo, que ha establecido como regla general para la procedencia de la extinción de dominio, la preexistencia de una condena firme en el proceso penal y como excepción el decomiso sin condena en el PED, pero solo en casos de

imposibilidad de continuar el proceso penal, como lo propone el artículo 54.1.c de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Tal incongruencia insalvable merecería una revisión normativa para retomar la fórmula del artículo 4.a de la Ley de Pérdida de Dominio –derogada por la LED–, la cual con mejor técnica legislativa había señalado que el proceso autónomo procedía cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal para todos los delitos, sin distinción alguna.



VI. ACTIVIDAD ILÍCITA

La LED, antes de su modificación por Ley N° 32326, señala que se aplicaba a todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes **actividades ilícitas**: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos,

contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada (artículo I de la LED). El concepto jurídico de actividad ilícita era definido como toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título

Preliminar del presente decreto legislativo (artículo III.3.1 de la LED)⁴².

La definición de “actividad ilícita” que daría lugar a la sanción restrictiva del derecho a la propiedad contenida en la redacción primigenia del artículo III.3.1 de la LED, era **extremadamente amplia e indeterminada** en cuanto se refiere de forma general y abstracta a cualquier tipo de actividad contraria al ordenamiento jurídico, lo que puede abarcar un **conjunto infinito de situaciones**. Esta definición no establece claramente los elementos constitutivos de la conducta que dará lugar a la sanción. Las actividades contrarias al ordenamiento jurídico pueden constituir ilícitos penales, ilícitos civiles, ilícitos administrativos, infracciones tributarias y en la LED no se determina el alcance de las conductas que podrían dar como resultado la extinción del derecho de dominio (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Caso 1-21-OP, del 17/3/2021, párrafo 79)⁴³.

La amplitud e indeterminación de la definición de “actividades ilícitas” permitiría su aplicación a supuestos **desproporcionados** a la sanción de extinción del derecho de dominio. Al definir como actividad ilícita a toda actividad contraria al ordenamiento jurídico vigente, la extinción de dominio se activaría contra conductas que claramente no se compadecen con la sanción a la que serían objeto (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia

del Caso 1-21-OP, del 17/3/2021, párrafo 80). La legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del **principio de legalidad**. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200 de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de **razonabilidad y proporcionalidad** (STC N° 2235-2004-AA/TC, de 18/2/2005, fundamento 6).

El **principio de razonabilidad** exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional (STC N° 2235-2004-AA/TC, del 18/2/2005, fundamento 6). La finalidad de la LED es garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de este los bienes que provengan de actividades ilícitas —ahora delictivas— o estén destinados a ellas (artículo 1). Tal medida restrictiva, en principio, tiene armonía con el artículo 70

42 Expediente N° 27-2020-66-1601-SP-ED-01/Lambayeque, Sentencia de Apelación de 19/11/2020, Sala Superior de La Libertad: La redacción actual utilizada en el DL N° 1373 ni siquiera se refiere específicamente a actividades delictivas, sino a **actividades ilícitas en general**, por lo que podría proceder también respecto de bienes relacionados directa o indirectamente con actividades ilegales que, sin ser delitos, se encuentran al margen de la legalidad [fundamento 5.3].

43 Expediente N° 4-2019-0-1601-JR-ED-01/La Libertad, Sentencia de Apelación de 21/01/2021, Sala Superior de La Libertad: Delito y actividad ilícita no son lo mismo, mientras el primero exige que la conducta atribuida sea una acción voluntaria y consciente, típica, antijurídica, culpable o reprochable penalmente y de consecuencia punitiva; la **actividad ilícita es una perturbación jurídica** que puede tener como referencia la vulneración del ordenamiento jurídico en cualquiera de sus áreas, siendo susceptible de extinción cualquier acto antijurídico que se encuentre fuera de los límites legales o afecte el bien común [fundamento 64].

«El principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental».

Constitución en cuanto prescribe que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

Por su parte, el **principio de proporcionalidad** exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El **principio de idoneidad** comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir

que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel. De acuerdo con el **principio de proporcionalidad *strictu sensu***, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental (STC N° 2235-2004-AA/TC, del 18/2/2005, fundamento 6).

Estos subprincipios idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto se cumplen en la LED siempre que la actividad ilícita que constituye el supuesto de procedencia de la extinción de dominio sea delictiva, como bien señala el Tribunal Constitucional, en razón del principio de lesividad (artículo VIII del CP)⁴⁴, el Derecho Penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC N° 1010-2012-PHC/TC, del 22/10/2012, fundamento 5). Por tanto, el principio de proporcionalidad enfocado como una **“prohibición de exceso”** es inobservado cuando la LED amplifica su aplicación incluso a ilícitos civiles, administrativos y tributarios pasibles –según su legislación especial– de una sanción menos grave en atención a la infracción cometida⁴⁵, distinto a la pérdida del derecho de propiedad establecida como única consecuencia prevista en

44 Artículo VIII Código Penal: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”.

45 Artículo 165 DL 816, Código Tributario, modificado por Ley N° 32335: La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente con penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes y suspensión de licencias, permisos, concesiones o autorizaciones vigentes otorgadas por entidades del Estado para el desempeño de actividades o servicios públicos. También procede la exigencia obligatoria de asistencia a **cursos de capacitación** como medida preventiva en los supuestos y con las condiciones establecidas en el artículo 180 del presente Código.

la LED. Por las mismas razones se vulnera adicionalmente el **principio de ultima ratio o mínima intervención** aplicable *mutatis mutandi* a la LED dada la naturaleza jurídica sancionadora de la extinción de dominio.

La LED al tener como consecuencia jurídica patrimonial la sanción patrimonial más grave como es la extinción de dominio del bien de propiedad del requerido sin contraprestación o indemnización alguna, por estar vinculado a un delito en su origen o destino, participa al igual que el Derecho Penal, del **principio de ultima ratio o mínima intervención**. Para la Corte Suprema, el Derecho Penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio es admitido unánimemente por la doctrina penal, según la cual “el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”. En aplicación de este principio el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, carece de sentido la intervención del derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias

del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así, pues, como el derecho penal muestra el carácter subsidiario respecto a las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual resulta fundamental al momento de abordar un caso concreto (Casación Penal N° 982-2020-Lambayeque, del 13/4/2022, fundamento 7)⁴⁶.

El principio de *ultima ratio* o mínima intervención para la aplicación de la consecuencia jurídica patrimonial de extinción de dominio sobre los bienes de las personas ajenas al delito –terceros–, es una facultad sancionatoria que debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, carece de sentido la intervención del decomiso civil cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no extintivos de la propiedad para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del derecho administrativo. De ahí que resultaba manifiestamente desproporcional ante una infracción administrativa que tiene prevista generalmente una sanción de multa, se proceda por lo mismo a la pérdida del derecho de propiedad a través del proceso de extinción de dominio, bajo la definición amplia de “actividad ilícita a toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico”, ahora limitada razonablemente a actividades delictivas –con

Artículo 171 DL 816, Código Tributario: “La Administración Tributaria ejercerá su facultad de imponer sanciones de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, **proporcionalidad**, no concurrencia de infracciones, y otros principios aplicables”.

46 Casación Penal N° 982-2020-Lambayeque, de 13/4/2022: “El principio de intervención mínima constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social, pues el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en tanto sean menos lesivos para los derechos individuales. En ese sentido, se tiene que este principio acoge los siguientes subprincipios: fragmentariedad y subsidiariedad (*ultima ratio*). En tal virtud, el principio de fragmentariedad establece que el Derecho Penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas. Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o *ultima ratio* señala que el Derecho Penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad” [fundamento 7.1].

o sin condena— dada la modificación de la LED por Ley N° 32326.

El **principio de necesidad** impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al Poder Legislativo, una medida será innecesaria o no satisficará este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado (STC N° 2235-2004-AA/TC, del 18/2/2005, fundamento 6). La LED —antes de su modificatoria por Ley N° 32326— al incluir dentro de su ámbito de aplicación a toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico, abarcando con ello a **ilícitos civiles, administrativos y tributarios**, vulneraba el subprincipio de necesidad en razón a que apareja la sanción civil más grave

consistente en la pérdida del derecho de propiedad, descartando otras sanciones menos gravosas previstas en las normas regulatorias afines a dichas materias, por ejemplo, la falta de presentación de presentación de las guías de remisión en el traslado de mineral por el conductor del vehículo de carga, constituye una infracción administrativa sancionada con multa⁴⁷, pero para la LED ese misma actividad ilícita es pasible de decomiso civil del vehículo.

La Ley N° 32326 ha remediado la infracción al principio de legalidad, razonabilidad y de proporcionalidad al modificar la definición del concepto jurídico “actividad ilícita” previsto en el artículo III.3.1 la LED, con la siguiente fórmula: “toda acción u omisión **delictiva** contrarias al ordenamiento **jurídico penal** con sentencia penal firme y consentida, jurídica relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo”. Con esta redefinición, queda restringida la procedencia del PED exclusivamente para **ilícitos penales**, excluyendo los ilícitos civiles, tributarios o administrativos⁴⁸. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 3577/2022-CR —antecedente de la Ley N° 32326— se señaló que “la redacción actual del artículo

47 Ordenanza Regional N° 011-2015-GR-LL/CR de 22/9/2015 emitida por el Gobierno Regional La Libertad: Toda persona natural y/o jurídica que transporte o comercialice minerales y/o subproductos minerales, deberá contar, además de la Guía de Remisión, Factura y de otros documentos exigibles por la Ley General de Transportes, con la respectiva Resolución de Inicio o Reinicio de actividades de exploración, explotación y/o Beneficio de Minerales del titular del producto, y en el caso de los sujetos de formalización amparo del Decreto Legislativo N° 1105, deberán presentar su Declaración Compromisos y acreditar encontrarse en el Registro Nacional de Saneamiento con respectiva Guía de Remisión del producto transportado [artículo 3]. El mineral y/o subproducto que no cuente con la respectiva documentación será decomisado y el medio de transporte será retenido en los almacenes que designe la Gerencia Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos, y se adoptaran las acciones administrativas, penales o civiles a que diera lugar [artículo 5]. Las personas naturales y/o jurídicas, comercializadoras y transportadoras de mineral o subproductos, así como los titulares de plantas de beneficio que infrinjan la presente Ordenanza Regional, serán sancionados de acuerdo a lo establecido en el Cuadro de Infracciones y Sanciones Administrativas, que adjunto en Anexo I forma parte integrante de la presente Ordenanza Regional [artículo 6]. Las sanciones son de **multa**.

48 Expediente 10-2022-0-1601-JR-ED-01/La Libertad, Sentencia de 31/8/2023, Sala Superior de la Libertad (voto en discordia del Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**): Deberá **revocarse** la sentencia que ha declarado fundada la demanda y reformándola se la declara **infundada**, al no haber acreditado la Fiscalía Especializada la

III.3.1 LED crea una generalidad que va más allá de la acción penal y abre la posibilidad a otro tipo de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, como ocurre con el derecho administrativo sancionador. Dicho alcance podría ser utilizado indebidamente por ejemplo en la ejecución de tributos municipales o sanciones administrativas derivadas de procedimientos accionados contra ciudadanos, desconfigurando el sentido de la ley”.

La limitación de la actividad ilícita a delitos para la procedencia del PED como ahora lo regula la Ley N° 32326, guarda coherencia sistemática con la **Ley Modelo de Extinción de Dominio** aprobado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito - UNODC, al definir la actividad ilícita como “toda actividad **tipificada como delictiva**, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley” (artículo 1.a). De la misma manera, el **Código de Extinción de Dominio de Colombia** se refiere a la actividad ilícita como “toda aquella **tipificada como delictiva**, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar

la moral social” (artículo 1.2). Nótese que ambas normas de derecho comparado limitan la extinción de dominio a actividades tipificadas como delitos, sin perjuicio que el legislador pueda también asignar expresamente dicha consecuencia jurídica a cualquier otra actividad, respetando el principio de reserva legal. De manera distinta, la LED nacional actual permite la extinción de dominio no solo para ilícitos penales, sino también para ilícitos civiles, tributarios y administrativos con manifiesta inobservancia del principio de legalidad y de proporcionalidad, para las cuales están regladas otros tipos de sanciones menos severas.

Los tratados internacionales ratificados por el Perú que forman parte de nuestro sistema jurídico normativo han limitado el decomiso sin condena para la comisión de delitos. La **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** del año 2003 (Convención de Mérida) dispuso que “cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, consideren la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso de esos bienes **sin que**

actividad ilícita relacionada con el delito de minería ilegal, para sustentar el presupuesto del artículo 7.1.a LED, consistente en la utilización del vehículo sub litis como instrumento de la actividad ilícita (entiéndase delito de minería ilegal) para la procedencia del PED. En primer lugar, la Fiscalía Especializada ha vulnerado el principio de legalidad y tipicidad, al imputar la actividad ilícita de transporte de minerales sin la documentación respectiva, la cual no forma parte de la descripción normativa del delito de minería ilegal tipificado en el artículo 307-A CP. En segundo lugar, la Fiscalía Penal ha dispuesto el archivo de la investigación preliminar por el delito de minería ilegal por los mismos hechos que sustentan la actividad ilícita invocada en el PED, sin que la Fiscalía Especializada haya aportado nuevos medios de prueba para reabrir la investigación como lo exige el artículo 335 CPP. En tercer lugar, la conducta atribuida por la Fiscalía Especializada como actividad ilícita constituye en rigor una posible infracción administrativa que amerita una sanción pecuniaria por la autoridad administrativa competente, previa comprobación objetiva, como lo regula la Ordenanza Regional N° 011-2015-GR-LL/CR de 22/9/2015, emitida por el Gobierno Regional de La Libertad con el objeto de establecer disposiciones para regular la comercialización, transporte y beneficio de minerales y/o subproductos en el ámbito jurisdiccional del Gobierno Regional La Libertad [fundamento 31]. El voto en mayoría optó por la nulidad de la sentencia y la realización de una nueva audiencia de actuación de medios de prueba para que se recalifique la actividad ilícita no como delito de minería ilegal tipificado en el artículo 307-A CP, sino como un ilícito administrativo por infracción a la Ordenanza Regional N° 011-2015-GR-LL/CR.

medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivos de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados” (artículo 54.1.c). Asimismo, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** del año 2000 (Convención de Palermo) reguló la incautación y decomiso de bienes por la comisión de delitos de corrupción (artículo 12); en tanto que, la **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas** del año 1998, reconoció el decomiso de bienes por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (artículo 5).

Las **40 Recomendaciones del GAFI** (Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos), ha señalado en la **Recomendación 4**:

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: a) bienes lavados, b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o d) bienes de valor equivalente. Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados **sin que se requiera de una**

condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

Como se aprecia, el GAFI recomienda el decomiso sin condena para actividades ilícitas delictivas.

La Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24/4/2024 sobre recuperación y decomiso de activos, en su artículo 3.6, define al **decomiso** como “la privación definitiva de un bien dictada por un órgano jurisdiccional en relación con una **infracción penal**”. Asimismo, en su artículo 12.1 reafirma “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que pueda procederse al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y los productos derivados de una infracción penal previa sentencia condenatoria firme, que a su vez podrá ser resultado de un procedimiento en ausencia del acusado”.

La modificación del artículo III.3.1 la LED por la Ley N° 32326 que ha limitado la definición de actividades ilícitas exclusivamente a **delitos**, en nada afecta el objeto y finalidad del PED, desde que sigue las fórmulas empleadas en los tratados internacionales ratificados por el Perú (Convención de Mérida, Convención de Palermo, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas), las cuales han restringido el decomiso de bienes a la comisión de delitos. Así mismo en el derecho comparado (Ley Modelo de Extinción de Dominio aprobado por UNODC, Código de Extinción de Dominio de Colombia, entre otros) se ha reconocido también la extinción de dominio para delitos y otras actividades que el legislador

considere susceptible de su aplicación, como por ejemplo el **incremento patrimonial no justificado** (para nosotros, artículo 7.1.b de la LED), siempre que provenga de actividades ilícitas delictivas. En resumen, como señala la Corte Suprema, la aplicación del decomiso penal –o civil– está vinculado objetivamente a la demostración del origen ilícito del bien o de su utilización para fines criminales (Casación N° 1553-2018/Nacional, del 6/8/2019, fundamento 6).

La actividad ilícita contraria al ordenamiento jurídico-penal, es decir, vinculada a un delito, debe tener una **finalidad lucrativa** de manera que tenga capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito (artículo I de la LED). El sujeto agente del delito actúa motivado por un **elemento de tendencia interna trascendente de lucro**. Es importante aclarar entonces que la LED no es aplicable a todo delito, sino solo a aquellos que cumplan la exigencia legal antes descrita, por ejemplo, en los delitos contra la vida, el cuerpo o la salud en que el sujeto agente haya utilizado un bien de su propiedad como instrumento para la comisión del ilícito penal no podrá aplicarse la extinción de dominio (decomiso civil) a través del PED. Situación distinta tiene lugar con los objetos o instrumentos del **delito de minería ilegal**, la cual tiene claramente tiene capacidad de generar importantes ganancias económicas,

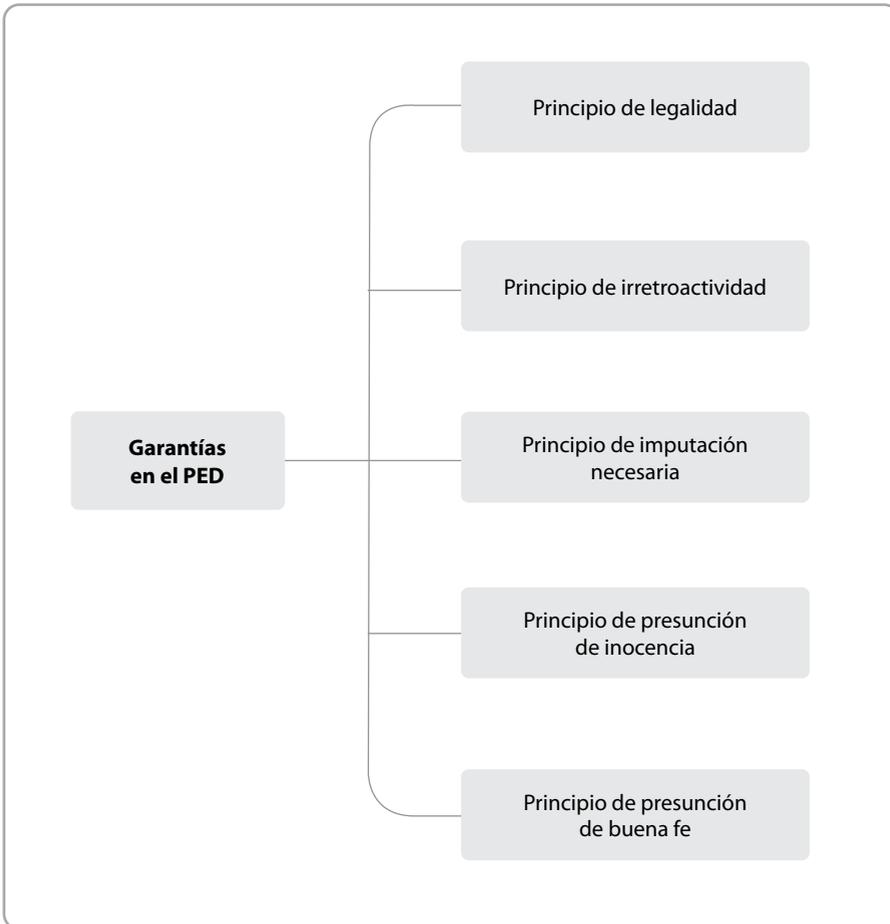
de ahí que haya sido considerado expresamente como actividad ilícita en el artículo I de la LED⁴⁹.

Si bien es cierto que el PED es de carácter real y de contenido patrimonial (artículo 3 de la LED), alegando que **se dirige contra bienes y no contra personas**; empero, esos bienes tienen un titular, y ese titular tiene un derecho real de dominio sobre ellos, ejercido por efecto de su derecho constitucional a la propiedad. Por ello, cuando a través de la acción se declara la extinción de dominio de un bien a favor del Estado, se estará imponiendo una **sanción de carácter patrimonial sobre una persona**: la extinción de su derecho de dominio sobre dicho bien. En consecuencia, la acción de extinción de dominio efectivamente impone una sanción restrictiva del derecho de propiedad (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Caso 1-21-OP, del 17/3/2021, párrafo 66). La actividad ilícita como supuesto de la LED corresponde a una conducta humana considerada como actividad ilícita –ahora delictiva–, a partir del cual se cuestiona el ejercicio del derecho de propiedad o posesión sobre el bien considerado como objeto, instrumento, efecto o ganancia de esa actividad ilícita imputable al requerido. Solo la persona humana es capaz de actuar, se trata de una acción consciente y voluntaria, carecen de esta capacidad los animales y las cosas que pueden ser objeto de conductas.

49 Las investigaciones sobre la minería ilegal en el Perú han mostrado un alarmante incremento en esta actividad ilícita, que ahora mueve aproximadamente US\$ 12,000 millones al año, según el fiscal Federico Chávarry, de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Puno. El fiscal detalló que el valor del oro extraído es significativo. Un gramo se cotiza aproximadamente en S/ 320, y los mineros ilegales extraen alrededor de cuatro kilos de oro al mes, lo que representa más de S/1 millón mensuales. En particular, en las zonas de Puno que limitan con Madre de Dios y Bolivia, la minería ilegal se ha entrelazado con el narcotráfico, formando lo que se conoce como “narcominería”. Chávarry estima que hay al menos 300 mil mineros ilegales operando en el país, especialmente en regiones como Madre de Dios, La Libertad, Puno, Cusco y Ancash. La situación es preocupante, ya que estas actividades no solo afectan la economía formal del país, sino que también tienen un impacto devastador en el medio ambiente y las comunidades locales [Salazar Herrada, Esteban. Infobae, 26/11/2024. En: <https://www.infobae.com/peru/2024/11/25/por-que-la-mineria-ilegal-mueve-us12000-millones-al-ano-en-peru-por-el-valor-de-un-solo-gramo-de-oro-hoy-revelado-por-el-mp/>. Consulta al 7/5/2025].

La imputación formal (demanda) tramitada en el PED contra una persona (requerido), relacionada con el origen o destinación (presupuestos de procedencia) de un bien patrimonial en una actividad ilícita delictiva (con o sin condena según el delito nominado), con la finalidad de extinguir el derecho real sobre el mismo y trasladar la titularidad al Estado, sin contraprestación o indemnización alguna (sanción civil); genera la observancia de una serie de garantías mínimas esenciales propios del debido proceso en un Estado de Derecho, como son: i. principio

de legalidad respecto a la actividad ilícita delictiva, ii. principio de irretroactividad de la LED para las actividades ilícitas delictivas ocurridas con anterioridad a su vigencia. iii. principio de imputación necesaria de la actividad ilícita delictiva vinculada al origen o destino del bien perseguido, iv. principio de presunción de inocencia respecto a la imputación de la actividad ilícita delictiva, v. principio de presunción de buena fe del requerido en el ejercicio del derecho real de propiedad o posesión del bien vinculado a la actividad ilícita delictiva.



VII. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ACTIVIDAD ILÍCITA DELICTIVA

El **principio de legalidad** se aplica a toda expresión del poder punitivo del Estado, es decir, a cualquier proceso que implique menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. El PED constituye la aplicación de una sanción restrictiva del derecho a la propiedad, por lo que le es plenamente aplicable la garantía del debido proceso. En consecuencia, la definición clara y precisa de los supuestos bajo los cuales el Estado declarará extinguido el derecho de dominio constituye un presupuesto esencial para que se cumpla el principio de legalidad (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Caso 1-21-OP, del 17/3/2021, párrafo 78).

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley escrita (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*) (STC N° 197-2010-PA/TC, del 24/8/2010, fundamento 3). En contrasentido a lo expuesto, la definición de actividad ilícita que constituye el supuesto para la sanción de decomiso civil contenida en el artículo III.3.1 de la LED, es extremadamente amplia e indeterminada en cuanto se refiere de forma general a cualquier tipo de actividad contraria al ordenamiento jurídico, lo que puede abarcar un conjunto infinito de situaciones.

La **garantía de *lex certa*** impone al legislador la obligación de formular de manera

clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador. En esa línea los tipos penales han de redactarse con la mayor exactitud posible, evitando los conceptos clásicos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever solo marcos penales de alcances limitados. La razón del mandato de determinación radica en que la reserva de la ley únicamente puede tener completa eficacia si la voluntad jurídica de la representación popular se ha expresado con tal claridad en el texto que se evite cualquier decisión subjetiva y arbitraria del juez (Casación N° 456-2012-Del Santa, del 13/5/2014, fundamento 2.3.1.1).

El sentido originario del reconocimiento del principio de legalidad, tal como ha sido establecido en la legislación y jurisprudencia, nacional e internacional, es el de ser una salvaguarda para el ciudadano (Casación Penal N° 724-2018-Junín, del 10/7/2019, fundamento 9). Así, el principio de legalidad es una garantía política que tienen todas las personas con capacidad penal, para que no se les persiga ni sancione por conductas que no hayan sido descritas de manera clara, previa y taxativa en una ley formal. Desde la perspectiva de la sanción, la pena que corresponda imponer a quien ha sido declarado responsable de una infracción penal, no debe ser sino la fijada en las mismas condiciones. Este es el sentido histórico y liberal del principio de legalidad: los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser **informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar** en caso los realicen o los omitan, según corresponda (fundamento 9.1). Mejor dicho, **cuál es el espacio**

de juego dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas, en un Estado de Derecho (fundamento 9.2)⁵⁰.

En el caso de bienes que constituyen objeto, instrumento, efecto o ganancia de una actividad delictiva se cumple con las garantías el principio de legalidad, al describirse con claridad en la ley cuál es la conducta típica reprimida con pena privativa de libertad que a su vez tiene como consecuencia accesoria de la condena el decomiso penal (artículo 102 del CP), es decir, la pérdida del derecho de propiedad de su titular a favor del Estado sin indemnización ni contraprestación. La ley penal que tipifica la conducta delictiva satisface las exigencias del principio de legalidad de ser escrita, previa y cierta respecto a sus consecuencias jurídicas: pena y decomiso. En el proceso autónomo de extinción de dominio no habría inconveniente en aplicar el decomiso sin condena de los bienes vinculados al delito, pero no respecto a las otras actividades ilícitas –no delictivas–, entendidas genéricamente en la LED como toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico, debido a que su generalidad

e indeterminación afectaría con creces el principio de legalidad. La modificación de la definición de actividad ilícita dispuesta por Ley N° 32326, para limitarla exclusivamente a delitos es acertada y necesaria para garantizar el principio de legalidad.

La descripción general de la actividad ilícita para la procedencia del PED como inicialmente estaba redactado en el artículo III.3.1 de la LED antes de su reforma, impedía a las personas conocer con anticipación y certeza cuál es el ilícito civil, tributario o administrativo que tiene previsto de manera escrita, previa y clara como sanción el decomiso civil –decomiso sin condena o fuera del proceso penal–, quedando a la **discrecionalidad del juez la creación del supuesto** sobre la base de cualquier infracción legal y la consecuencia restrictiva del derecho de propiedad, creando con ello **inseguridad jurídica**, al sustituir el principio de legalidad por la voluntad del juez, según las circunstancias de cada caso. Por ello, para garantizar apropiadamente el principio de legalidad y de seguridad jurídica⁵¹, resulta correcta la redefinición de la actividad ilícita como toda aquella

50 Casación Penal 724-2018-Junín, de 10/7/2019: “Sin subestimar la importancia del sentido liberal del principio de legalidad, es de considerar otra perspectiva adicional de su vigencia, relacionada con su arista fundamentalmente procesal: la legalidad, como **mensaje comunicativo**, no solo se circunscribe a la delimitación de lo prohibido y de lo permitido, y de lo imponible o no imponible como consecuencia punitiva. La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (*Rule of Law*). La delimitación normativa que hace el legislador tiene por objeto prescribir **cuál es el espacio de juego dentro del cual los ciudadanos pueden desarrollar sus conductas**, en un Estado de derecho; esto es, este principio impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho. Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma (prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una **advertencia a los ciudadanos** de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento, según el caso. Esto significa que una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de determinación judicial de la pena” [fundamento 9.2].

51 STC 1873-2009-PA/TC, de 3/9/2010: “Conforme al principio de seguridad jurídica, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al ‘arbitrio’ de la Administración, sino que esta sea prudente y razonada. Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos

tipificada como **delito**, siempre que tenga finalidad **lucrativa**, esto es, con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito.

La extinción de dominio implica una sanción restrictiva del derecho de propiedad, por lo que, para fijar las causales de procedencia de la acción, el legislador debe cumplir su deber de definir de manera clara las conductas no permitidas y que darán lugar a la acción, para lo cual debe fijarse sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de otros comportamientos no sancionados. Las conductas que serán objeto de extinción de dominio deben estar delimitadas de la manera más clara y nítida posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. Además, la calificación de una conducta como ilícita y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser **preexistentes a tal conducta** pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del Caso 1-21-OP, del 17/3/2021, párrafo 83). En conclusión, para satisfacer el principio de legalidad, la actividad ilícita que justifica el PED debe estar limitada exclusivamente a los **delitos (ilícitos penales)** como lo regula ahora la Ley N° 32326 con la modificación del artículo III.3.1 de la LED, en armonía con la Ley Modelo de Extinción de Dominio aprobado por UNODC (artículo 1.a) y el Código de Extinción de Dominio de Colombia (artículo 1.2).

VIII. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

La LED es una norma jurídica compuesta por un supuesto y una consecuencia. El **supuesto** es la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadena lógicójurídicamente la necesidad de la consecuencia. La **consecuencia** es el efecto lógico que el autor de la norma jurídica atribuye, lógico jurídicamente, a la verificación del supuesto en la realidad. La consecuencia puede consistir en el **establecimiento de sanciones**, entendiéndose por tales las consecuencias del incumplimiento de los mandatos jurídicos⁵². Conforme a la descripción anotada, la LED tiene como **supuesto** una lista taxativa *–numerus clausus–* de presupuestos de procedencia del PED relacionados con el origen o destino ilícito de bienes patrimoniales (artículo 7), cuya **consecuencia** es la extinción de dominio de la parte requerida, consistente en la nulidad de actos recaídos en el bien⁵³ y el traslado a la esfera del Estado de la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas (artículo III.3.10). Por ello, la sentencia es **declarativa** en cuanto a la ilicitud del origen o destino de los bienes patrimoniales y **constitutiva** respecto a los derechos y bienes que pasan a favor del Estado (artículo 67 del Reglamento de la LED).

La consecuencia de nulidad del derecho de propiedad prevista en el decomiso civil y

de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo” [fundamento 12.b].

52 RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. PUCP. Lima, 2006, pp. 97-103.

53 Por el principio de nulidad previsto en la LED, todos los actos que recaigan sobre el origen o destino contrario al ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (artículo II.2.1); de la misma manera, la sentencia que declara fundada la demanda declara la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso (artículo 32).

«La lógica de ingresar a la etapa judicial con una presunción de culpabilidad sobre la actividad ilícita delictiva es notoriamente inconstitucional por ser contraria a la presunción de inocencia, que direcciona en el Ministerio Público como titular de la acción –penal y real– el deber de acreditar con prueba suficiente la actividad delictiva como supuesto fáctico de las causales de procedencia del PED».

decomiso penal para los actos jurídicos recaídos sobre bienes de origen o destino ilícito constituye una forma de **nulidad absoluta** reconocida en el artículo 219 Código Civil, cuando su **fin sea ilícito** (inciso 4) y cuando **la ley lo declara nulo** (inciso 7). La nulidad absoluta es sustancialmente una **sanción** establecida para aquellos negocios jurídicos que incumplan ciertas disposiciones imperativas, entre ellas, el propio artículo 219 Código Civil, situándose de este modo fuera del ámbito amparado por la ley. Y como la nulidad es una sanción, debe encuadrarse dentro de ciertos marcos. El primero de estos es que la nulidad esté prevista. La segunda, es que, como toda sanción, debe ser

impuesta y ejecutada en virtud de una sentencia judicial. Mientras no haya tal sentencia, es decir, mientras no haya declaración judicial de certeza de nulidad, **el negocio podrá producir todo tipo de consecuencias como si fuera válido**. Por lo tanto, si el negocio no ha sido declarado nulo es inválido y la sanción solo existe en potencia como posibilidad y sus efectos (de la sanción) inoperantes. Se requiere entonces que para que la sanción prevista por la ley surta todos sus efectos, sea declarada mediante sentencia judicial⁵⁴.

La consecuencia de la LED es el establecimiento de una **sanción de naturaleza civil**, siguiendo a Mario Alzamora Valdez citado por Marcial Rubio Correa, se trata de una **norma perfecta**, dado que la consecuencia jurídica que deriva de infracción es la nulidad del acto violatorio realizado⁵⁵. La Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia del Caso 1-21-OP de fecha 17/3/2021, ha calificado con total claridad a la consecuencia de la extinción de dominio como una **sanción patrimonial**, propio de la capacidad sancionadora del Estado respecto al patrimonio de las personas, por tanto, deviene en **inconstitucional su carácter imprescriptible**. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, mediante sentencia de fecha 9/12/2021, en el Expediente 100/2019, advirtió que la única vía para que el legislador ordinario pudiera establecer que una disposición normativa infraconstitucional sea imprescriptible y retrospectiva, es si el propio constituyente, de forma expresa, así lo permite o lo prescribe. En pocas palabras, México asume la posición histórica de su par, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en

54 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley. Segunda edición, primera reimpression. Lima, 1994, p. 556.

55 RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 103-104.

relación con el textualismo al momento de revisar las acciones de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos infraconstitucionales⁵⁶.

El **principio de irretroactividad de la LED** deriva su naturaleza jurídica como norma sancionatoria civil al tener como consecuencia la extinción del derecho de propiedad o de posesión del requerido, también denominado **decomiso civil, decomiso fuera del proceso penal o decomiso sin condena**. Una de las garantías del principio de legalidad es la *lex praevia*, que se manifiesta en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, esto es, para que una conducta pueda sancionarse como delictiva, la misma debe estar prevista como delito con anterioridad a su realización. Esto permite a los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad, ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos u ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda, garantizándose con ello la seguridad jurídica. La misma garantía cabe aplicar a la LED, las personas deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos dan lugar a la pérdida de su derecho de propiedad por estar vinculado su bien a una “actividad ilícita” como estaba regulado hasta antes de la modificación por Ley N° 32326,

que la ha limitado correctamente únicamente a delitos para tener armonía con el principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

En sentido contrario, la LED habilita su aplicación retroactiva, aunque los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a su vigencia (artículo II.2.5), contraviniendo la regla de aplicación inmediata de las normas previsto en el artículo 103 Constitución, salvo en materia penal siempre que sea más favorable al reo. Peor aún, si los estándares de buena fe en la adquisición del bien cuando se cuestione el origen ilícito están descritos en el artículo 66 Reglamento de LED, vulnerando adicionalmente el **principio de legalidad formal**, pues solo corresponde a una norma con rango de ley regularlos, al tratarse de parámetros objetivos de salvamento del derecho de propiedad, que en todo caso, serían exigibles para los hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, pues para los hechos anteriores no existían tales exigencias dirigidas al propietario para no perder su propiedad.

La posición uniforme de los órganos jurisdiccionales de extinción de dominio de Perú sobre la aplicación retrospectiva –retroactividad camuflada– de la LED⁵⁷, ha seguido en esencia la jurisprudencia constitucional comparada sobre extinción de dominio de

56 URBINA MENDOZA, Emilio J. “Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el derecho comparado y Latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la justicia constitucional. Estudios de Deusto”. *Revista de Derecho Público*. Vol. 71/2, julio-diciembre 2023, pp. 289-290. En: <https://doi.org/10.18543/ed.2934>.

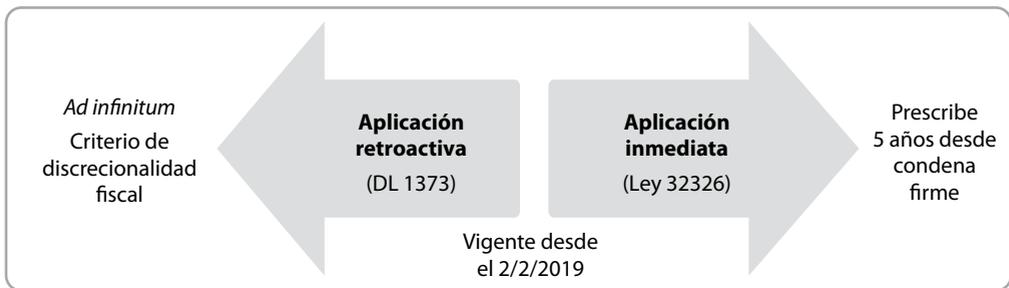
57 Expediente N° 12-2023-0-1601-SP-ED-01/Loreto, Sentencia de apelación de 25/5/2023, Sala Superior de La Libertad: Siguiendo la teoría del **derecho aparente** del bien de origen o destino ilícito derivado del principio de nulidad, ha señalado que la exposición de motivos de la LED establece con claridad que la adquisición o disposición de bienes patrimoniales sin observar el ordenamiento jurídico no podría generar acto o relación jurídica alguna, y si no existe acto o relación jurídica alguna, menos el paso del tiempo podría hacer que recaiga acto o relación jurídica alguna sobre esos bienes precisamente por esa razón que el proceso de extinción de dominio se aplica incluso a bienes patrimoniales cuya adquisición o destinación ilícita se haya producido **antes de la vigencia de la Ley**, pues al no contar con acto o relación jurídica alguna nadie podría invocar derecho o título justo sobre esos bienes, y por ende, estaría plenamente justificado que los mismos se extraigan de la esfera de sus aparentes propietarios o poseedores, y reviertan a favor del Estado [fundamento 52].

Colombia, así como la postura doctrinal del Basel Institute of Governance⁵⁸. La aplicación atemporal de la LED ha sido llevada al extremo de considerar en palabras de Manuel Luján Túpez que: “si la Fiscalía especializada en extinción de dominio, por poner un ejemplo, logra acreditar la procedencia ilícita de los bienes de los **herederos del conquistador Francisco Pizarro**, no obstante, que tal adquisición habría ocurrido luego de **1538**, entonces la demanda tendrá acogida, el criterio rector de la aplicación temporal de la acción de extinción de dominio, es la **razonabilidad**”⁵⁹.

Para el SNEED queda claro que la LED puede aplicarse a hechos anteriores a su vigencia *ad infinitum*, reconociendo únicamente como criterio la razonabilidad, mejor dicho, la **discrecionalidad** de la Fiscalía, como parte persecutora de los bienes ilícitos, de decidir si está en condiciones de obtener la prueba necesaria para interponer la demanda, creándose con ello una grave afectación al principio de legalidad y de seguridad jurídica sobre el derecho de propiedad, al punto de sostenerse que teóricamente nada impide que “hasta a los herederos del conquistador Pizarro” pueda aplicarse una ley de decomiso civil

publicada cinco siglos después, lo cual evidentemente es un argumento absurdo.

La Ley N° 32326 acorde con el principio de irretroactividad de la ley, al redefinir la actividad ilícita exclusivamente para actividades delictivas, previa condena (artículo III.3.1 LED) y establecer un plazo de prescripción de cinco años contados a partir de la sentencia firme (artículo 3 LED), está reconociendo implícitamente como regla temporal la **aplicación inmediata de la ley** para las actividades ilícitas delictivas cometidas con posterioridad a su vigencia, en concordancia práctica con el artículo 103 Constitución que prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes, salvo en materia penal cuando favorece al reo. La Ley N° 32326 también modifica el artículo 14.3 de la LED, precisando que “la indagación patrimonial se lleva a cabo **a partir del período en el que se cometió la actividad ilícita**, con el fin de respetar el derecho patrimonial de la persona que ha adquirido sus bienes de manera lícita”. Entiéndase entonces con esta modificación legal, que el PED solo podría incoarse para las actividades –delictivas– realizadas a partir de la vigencia de la LED, es decir, desde el 2/2/2019 en adelante y no hacia atrás.



58 Basel Institute on Governance.” Retrospectividad e imprescriptibilidad en la extinción de dominio”. *Producto de Conocimiento. Latin América*, enero-2022, pp. 3-4.

59 LUJÁN TUPEZ, Manuel. Revista Especializada en el Derecho de Extinción de Dominio. Publicación del grupo de estudio de magistrados peruanos de Extinción de Dominio. Año 01 MMXXI, número 01. Lima, 2021, p. 105.

Así como la prescripción apunta a garantizar el ámbito de certeza del derecho a la seguridad jurídica, la irretroactividad apunta a asegurar un mínimo de previsibilidad a las personas, para que estas puedan conocer las reglas del juego que regirán su conducta y puedan modularla de forma correspondiente. El derecho a la seguridad jurídica protege frente a la aplicación retroactiva de las normas con miras a garantizar “certeza a los administrados de que su situación no será modificada por procedimientos establecidos posteriormente”⁶⁰. La retroactividad resulta estrictamente excepcional puesto que, si la Constitución permitiera en general la aplicación retroactiva de las normas, se anularía el derecho a la seguridad jurídica, pues sería imposible para las personas obtener certeza en sus relaciones jurídicas, ya que

sus comportamientos pasados podrían originarles **consecuencias futuras, desconocidas e imposibles de prever** al momento de realizar la conducta. Por ello, la aplicación retroactiva de normas, en supuestos distintos a los permitidos por la Constitución, vulnera la seguridad jurídica en cuanto “trae como consecuencia desconocer la previsibilidad y certidumbre que debe provocar la aplicación de las normas claras, previas y públicas”⁶¹ (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1-2021-OP, del 17/3/2021, párrafo 64)⁶².

IX. PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN SUFICIENTE

El **principio de imputación suficiente** sobre la actividad ilícita delictiva atribuida a una persona constituye el supuesto de hecho que

60 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 608-14-EP/20, de 27/5/2020, párrafo 27.

61 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 60-11-CN/20, de 6/2/2020, párrafo 97.

62 Expediente 188-2024-22-1601-SP-ED-01/El Santa, Auto de Apelación de 20/11/2024, Sala Superior de La Libertad (**voto en discordia** del Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**): “En el caso de autos, la medida cautelar de incautación impuesta por el Juez a quo contra la embarcación pesquera MARIANA B de propiedad de Pesquera Hayduk S.A. al mando del Patrón Fredy William Castillo Gamez, se sustenta en la actividad ilícita imputada por la comisión del delito de extracción y procesamiento ilegal de especies acuáticas previsto en el artículo 308-B del Código Penal, ocurrida entre el **11 y 18 de agosto de 2018** (que corresponde a la fecha de zarpe y arribo de la embarcación); esto es, cuando **no estaba vigente la LED** aprobada por DL 1373, precisando que dicha norma fue publicada el 4/8/2018 y entró en vigencia el **2/2/2019**, al día siguiente de la publicación de su Reglamento aprobado por DS N° 7-2019-JUS, publicado el 1/2/2019, vulnerando la garantía de irretroactividad de las normas prevista en la Constitución (artículo 103), así como la prohibición de ser sometido a un procedimiento distinto (artículo 139.3) [fundamento 50].

Estamos ante una antinomia (incompatibilidad) sobre la aplicación temporal de las normas jurídicas regulado en el artículo 103 de la Constitución sobre la prohibición de retroactividad, salvo en material penal siempre que sea favorable al reo, y el artículo II.2.5 LED que contrariamente permite la retroactividad del decomiso civil con afectación del derecho de propiedad, lo cual se resuelve con la regla del artículo 138, segundo párrafo de la Constitución: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, debiendo los jueces utilizar el **control difuso** en defensa de la norma constitucional como lo permite el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, vale precisar que el Defensor del Pueblo José Manuel Gutiérrez Córdor presentó una demanda de inconstitucionalidad con fecha 2/8/2024 contra diversos preceptos de la Ley de Extinción de Dominio, aprobada por DL 1373, entre ellos, el II.2.5 LED sobre la aplicación retroactiva de la misma” [fundamento 51]. Por lo expuesto, deberá **revocarse** el auto que ha declarado **fundada** la solicitud de medida cautelar de incautación sobre el bien sub litis de propiedad de la empresa requerida y reformándola se la declara **improcedente**, al haberse seguido el procedimiento de extinción de dominio aprobado por DL 1373 para una actividad ilícita penal ocurrida con anterioridad a su vigencia, desviándose del procedimiento previsto en la legislación vigente al momento de la comisión de la actividad ilícita, como es el procedimiento de pérdida de dominio aprobado por DL 1104 (vigente desde el 19/4/2012 hasta el 1/2/2019), siempre que concurran los presupuestos regulados para su procedencia, máxime si la acción real aún se encuentra vigente, al no haber transcurrido el plazo de prescripción de 20 años previsto en dicha ley [fundamento 52].

habilita el vínculo o nexo de relación con el bien patrimonial considerado como objeto, instrumento, efecto o ganancia de la referida actividad ilícita, a efectos de aplicar la sanción civil de extinción de dominio y la traslación del bien a la titularidad al Estado, sin contraprestación o indemnización alguna al propietario. La Corte Suprema señala que no basta con la simple descripción factual, sino que también ha de precisarse la valoración jurídica que se efectúa del hecho. En esa línea, se requiere superar un doble examen de validación, en el que se incluye, de un lado, el juicio de subsunción entre el hecho denunciado y la norma penal invocada (con pleno respeto de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal) y, de otro lado, la sustentación probatoria correspondiente (Recurso de Nulidad N° 457-2018-Puno, del 6/11/2018, fundamento 4). Los hechos objeto de imputación deben tener un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el hecho histórico que se le atribuye, así como la forma y circunstancias en que pueda tener lugar (Acuerdo Plenario Extraordinario N° 2-2012/CJ-116, del 26/3/2012, fundamento 10).

En el PED el principio de imputación suficiente se satisface cuando la demanda presentada por la Fiscalía Especializada contiene la relación clara y precisa del hecho considerado

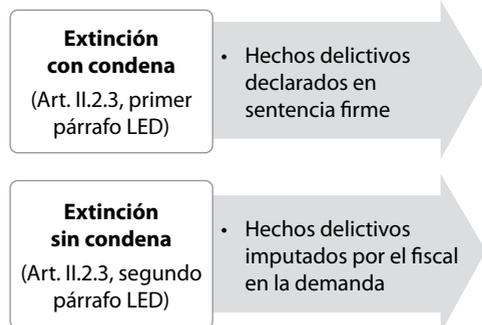
como actividad ilícita –ahora delictiva según la Ley N° 32326–, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, de ser el caso⁶³, así como la respectiva subsunción típica en una norma sancionadora con estricta observancia al principio de legalidad, lo cual ha sido reconocido en la LED, al garantizar el derecho del requerido a conocer los hechos y fundamentos que sustentan el proceso en términos claros y comprensibles (artículo 5.2 de la LED). La imputación formal dirigida contra una persona sobre la realización de una actividad ilícita delictiva, vinculada a la adquisición o al uso de un bien considerado como objeto, instrumento, efecto o ganancia de la misma, necesariamente activará la protección constitucional del principio de presunción de inocencia, al incorporar como presupuesto de hecho de procedencia de la extinción de dominio la comisión de un delito.

La Ley N° 32326 ha modificado el principio de autonomía regulado en el artículo II.2.3. de la LED, señalando como regla general en el **primer párrafo** que “el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo, pero sujeto a una sentencia firme y consentida que se emita en un proceso penal”; por tanto, para satisfacer el derecho a la imputación suficiente en este supuesto, bastará con reproducir ad litteram los hechos probados y

63 Apelación 99-2024/Corte Suprema Lima, de 10/12/2024: “La nota característica de que la imputación fuese “necesaria” ha de entenderse con mejor claridad que fuese “suficiente” como para que el destinatario de ella pueda comprender a cabalidad que es aquello que se le atribuye, de tal manera que pueda ejercitar sin obstáculos su derecho a contradecir, como rasgo significativo de su derecho a la defensa. Así pues, “que sea suficiente” debe colmar tanto la denotación como la comprensión y la extensión de los términos. Es cierto que el legislador ha optado por la consignación de circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores –confrontar artículo 349.1.b CPP– como obligación de imputación, que concierne a una poco adecuada técnica legislativa, puesto que lo importante no es generar, como increpa el recurrente, una historia ilícita ampulosa que, desde luego, dependiendo de los delitos, puede tornarse exageradamente extensa, en particular porque la representación persecutora de la Fiscalía no solo brinda el fáctico, sino que, para consolidar su incriminación, la adosa de la corroboración del material de investigación –a modo de glosas contrafuertes, cual arbotantes de la arquitectura gótica–, que no hace sino sumergirnos en un relato propio del *aggiornamento* literario moderno, que resulta, con fines prácticos, una producción lingüística tediosa de leer y difícil de entender, brindando el pretexto perfecto para incidentes como el que nos ocupa. Lo que se necesita es que la incriminación sea simple, clara y fácil de vislumbrar en sus elementos compositivos de los ilícitos; ya el escenario probático dialéctico o la explicación del contexto precedente o posterior poseen su estación propia en el juzgamiento” [fundamento 5].

declarados en la sentencia condenatoria firme, para fundamentar la actividad ilícita delictiva que sustentará la causal de procedencia del PED. Ello es así por el efecto inmutable de la cosa juzgada (artículo 123 Código Procesal Civil), que significa la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ella declaradas. Para el PED, será cosa juzgada la resolución penal firme que declare la existencia del hecho delictivo, que a su vez sustentará los diversos presupuestos de procedencia de la demanda de extinción descritos en el artículo 7 de la LED.

Situación distinta será para los supuestos excepcionales del PED regulados en el **segundo párrafo** del artículo II.2.3. de la LED, modificado por Ley N° 32326 al prescribir que “no se necesita la emisión de una sentencia firme y consentida si están referidas a las siguientes actividades ilícitas penales: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal, estafa y delitos informáticos contra el patrimonio. En estos casos, el trámite del proceso judicial no es oponible y el juez rechaza de plano cualquier pedido destinado a la suspensión del proceso. La resolución que resuelve es inimpugnable”. Para la extinción de dominio sin condena, aplicable a los delitos nominados a modo de *numerus clausus*, la Fiscalía deberá garantizar el derecho a la imputación suficiente de la actividad ilícita delictiva, dada la inexistencia de una condena con la calidad de cosa juzgada.



El defecto en la imputación suficiente de la actividad ilícita delictiva descrita en el acto postulatorio de demanda de extinción de dominio por la Fiscalía, habilitará al juez a declararla **inadmisible**, concediéndole el plazo de tres días para su subsanación, bajo apercibimiento de archivar la demanda (artículo 18.2 de la LED). En caso el juez admita la demanda pese a los defectos de la imputación, la parte requerida podrá presentar una **nulidad** por afectación del derecho de defensa (artículo 41 de la LED), para que sea resuelta en la **audiencia inicial** (artículos 22.2 y 42.1 de la LED). La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso a la etapa en que se ha producido el acto nulo (artículo 42.2 de la LED), concretado en la nulidad del auto que declaró la admisibilidad de la demanda, a efectos de que la Fiscalía presente la demanda subsanada respecto a su claridad y precisión, la cual será objeto de un nuevo control judicial de admisibilidad a efectos de permitir el ejercicio eficaz del derecho de defensa del requerido en la contestación.

X. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

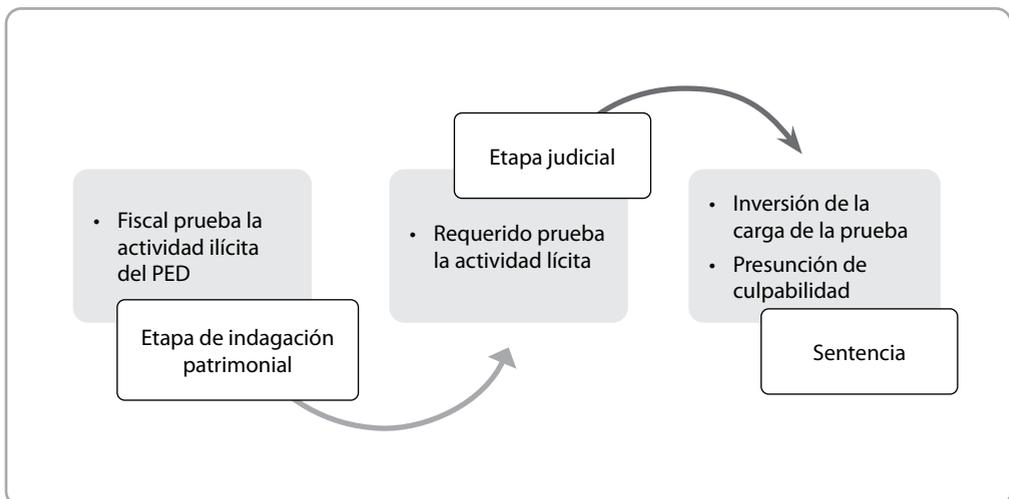
El **principio de presunción de inocencia** está reconocido en el artículo 2.24.e de la Constitución, como **regla de juicio o de prueba** establece que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probando* corresponde a quien acusa (STC N° 2825-2017-PHC/TC, del 23/11/2021, fundamento 13). La presunción de inocencia resulta aplicable cuando la imputación de la actividad

ilícita en el PED está constituida por un ilícito penal (artículo II.1 del CPP).

La LED ha precisado como carga de la prueba de la Fiscalía Especializada (parte demandante), acreditar con medios probatorios o indicios concurrentes y razonables la actividad ilícita que corresponde (artículos II.2.9 y 14.1.d). Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo (art. II.2.9). Está claro entonces que el bien materia de extinción de dominio necesariamente debe estar vinculado a una actividad ilícita delictiva, sea por su origen (objeto, efecto o ganancia) o destinación (instrumento). El problema de la LED en su redacción primigenia estaba en que en aplicación del principio de –ultra–autonomía, el PED puede ser incoado e incluso declararse la extinción del bien asociado a un supuesto delito, antes de emitirse una condena firme en el proceso penal, esto es, con manifiesta vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, en el sentido que, toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya

declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada (artículo II.1 del CPP). Por ello, resulta correcta la Ley N° 32326 al redefinir la actividad ilícita como toda acción u omisión delictiva contraria al ordenamiento jurídico penal declarada con sentencia firme.

La redacción originaria de la LED señalaba que admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo (artículo II.2.9). Aquello rompía una regla básica del **principio de aportación de parte**, respecto a que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión (artículo 196 del Código Procesal Civil). La Fiscalía como parte demandante ingresa a la etapa judicial con el beneficio legal de la inversión de la carga de la prueba contra el requerido como parte demandada, al generarse una **presunción de culpabilidad** sobre la imputación de la actividad ilícita vinculada al origen o destino del bien perseguido, pues basta que haya sido acreditada durante la etapa de indagación patrimonial –realizada en forma secreta y sin contradictorio–, para que luego el demandado pruebe lo contrario en la etapa judicial.



La lógica de ingresar a la etapa judicial con una presunción de culpabilidad sobre la actividad ilícita delictiva es notoriamente inconstitucional por ser contraria a la presunción de inocencia, que direcciona en el Ministerio Público como titular de la acción –penal y real– el deber de acreditar con prueba suficiente la actividad delictiva como supuesto fáctico de las causales de procedencia del PED. Para subsanar este desacierto normativo, la Ley N° 32326 ha modificado el artículo II.2.9 de la LED respecto a la carga de la prueba señalando acertadamente que: “para la admisión a trámite y declarar fundada la demanda de extinción de dominio, corresponde al Fiscal ofrecer pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien”.

Luego de satisfecha la carga de la prueba por la Fiscalía sobre la imputación de la actividad ilícita delictiva, recién al requerido le corresponderá demostrar el origen o destino lícito del bien vinculado al referido delito. En otras palabras, si el fiscal no prueba la actividad ilícita, queda librado el requerido de toda carga probatoria al presumirse la inocencia del sujeto activo del delito o en todo caso presumirse la licitud de su conducta. Esa y no otra debió ser la lectura correcta de la redacción original del artículo II.2.9 de la LED –ahora modificada por Ley N° 32326– desde la garantía constitucional de la presunción de inocencia, al describir en orden lógico

sucesivo cuáles son las cargas probatorias que corresponde acreditar a las partes procesales. En primer lugar, a la Fiscalía, el origen o destino ilícito delictivo del bien. Solo si se ha satisfecho esa carga inicial, en segundo lugar, le corresponderá al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo⁶⁴.

XI. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE BUENA FE

La **buena fe cualificada o exenta de culpa** como instituto jurídico de protección del derecho de propiedad y de oposición a la pretensión de extinción de dominio, ha sido reconocido de forma escueta y referencial en la LED, al definir el principio de nulidad prescribiendo que “todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico, son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de **terceros de buena fe**” (artículo II.2.1). Luego, en la sentencia se señala que debe contener “el reconocimiento de los derechos de los terceros de buena fe, de ser el caso” (artículo 33.f). De otro lado, en la regulación de la carga de la prueba (artículo II.2.9), no se dice nada sobre la parte que debe acreditar en el PED si el requerido (propietario) actuó de buena fe o mala fe en la adquisición o uso del bien patrimonial perseguido.

El **artículo 66 Reglamento de la LED** bajo el título “Interesados en el proceso de extinción

64 Expediente 92-2024-0-1601-SP-ED-01/Piura, Sentencia de Apelación de 28/10/2024, Sala Superior de La Libertad (Juez Superior ponente Giammpol Taboada Pilco): En el PED no basta que la Fiscalía se limite a probar: i. el vínculo o nexo de relación entre cualquiera de los supuestos para declarar la extinción de dominio, ii. la actividad ilícita que corresponde, y iii. los bienes objeto de extinción de dominio (artículo 14.1.d LED). A ello, deberá adicionarse cuando se trate de los instrumentos con que se hubiere ejecutado la actividad ilícita el delito, si pertenecen a terceros iv. que **estos hayan prestado su consentimiento para su utilización** (artículo 102 CP), sea de forma **dolosa** o con **negligencia grave**, es decir, en forma contraria al principio de buena fe. Satisfecha la carga probatoria por la parte demandante que sostiene la pretensión de carácter real, corresponde a la parte demandada acreditar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que sustentan su resistencia, consistente en: i. el **destino lícito** del bien objeto de extinción (artículo II.2.9 LED) y, ii. la existencia de **buena fe –cualificada o exenta de culpa–** en el uso del bien, de cara a obtener una sentencia que declare infundada la demanda [fundamento 32].

de dominio”, brinda una definición del concepto jurídico de **tercero de buena fe**, precisando que es “aquella persona, natural o jurídica, que no solo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente”; y a continuación describe –a modo casuístico– un conjunto de reglas a cumplir específicamente en la **adquisición del bien**⁶⁵, para que el propietario pueda ampararse en la buena fe, aun cuando se haya comprobado el origen ilícito del bien, no perjudicándose de esta manera con la pérdida o extinción de su derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional ha señalado que el reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla (STC N° 3250-2023-PA/TC, del 27/2/2025, fundamento 34). Desde esa perspectiva, los reglamentos son una fuente del derecho que se encargan de precisar los preceptos de carácter genérico y que, en tanto tienen jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean

contradictorios o excedan lo establecido en la ley, o que se trate de materias reservadas a esta (fundamento 35).

Como puede apreciarse, el problema jurídico desde el principio de legalidad reside en que el conjunto de reglas configurativas del principio de buena fe en la adquisición de un bien, que debería cumplir escrupulosamente el adquirente para no ser pasible de la sanción civil de extinción de dominio –entiéndase la pérdida del derecho de propiedad– sobre el bien vinculado a una actividad ilícita delictiva, se encuentra regulado en el Reglamento LED aprobado por Decreto Supremo N° 7-2019-JUS y no en una norma con rango de ley como la LED aprobada por Decreto Legislativo N° 1373⁶⁶, la cual tiene una **parte procesal** que regula el proceso de extinción de dominio (etapa de indagación patrimonial y etapa judicial), y también, una **parte sustantiva** en la que se ha tipificado los presupuestos de procedencia de extinción de dominio (artículo 7), en la que como toda norma sancionadora describe el supuesto de hecho

65 Artículo 66 Reglamento LED. “Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:

66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.

66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.

66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurran las siguientes circunstancias:

a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.

b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.

c) Concurran declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos”.

66 Las objeciones constitucionales de vulneración del principio de legalidad en el aspecto formal sobre la aprobación de la LED mediante Decreto Legislativo 1373 sostenidas por un sector del foro [abogado Wilber Medina Bárcena en entrevista de LP Pasión por el Derecho. En: <https://www.youtube.com/watch?v=341BCYun6zA&t=1639s>. Consulta al 15/4/2025], no es de recibo, en razón que la Ley N° 30823, de 19/7/2018 delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de integridad y lucha contra la corrupción, habilitando en el artículo 2.3.d, la modificación de la legislación vigente sobre la pérdida o extinción de dominio. Con base en esta delegación legislativa, el Poder Ejecutivo público el DL 1373. Por tanto, nada puede objetarse a su origen normativo. Vale recordar que las principales normas de política criminal en materia penal siguieron la misma técnica legislativa, el Código Penal aprobado por DL 635 y el Código Procesal Penal aprobado por DL 957. En nuestro sistema jurídico, la Ley del Congreso y el DL del Poder Ejecutivo tiene el mismo nivel en el sistema jurídico.

al que lógicamente le sigue como consecuencia jurídica del decomiso civil, por tanto, las causas impeditivas de la extinción tendrían que estar reguladas en la misma ley.

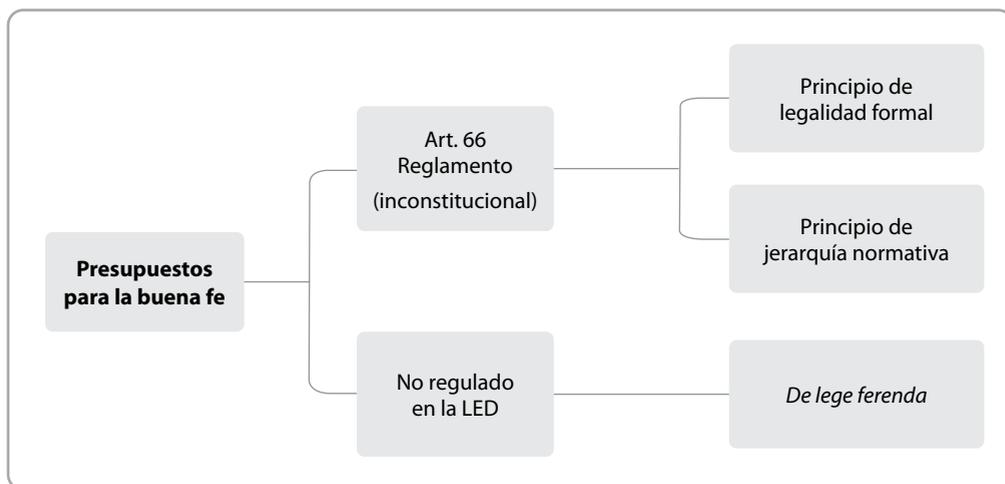
La LED –no el Reglamento por no tener rango de ley– debía haber normado los presupuestos configurativos de la buena fe para permitir la conservación del derecho de propiedad del requerido, aun cuando el bien haya tenido un origen delictivo precedente a la adquisición. Los presupuestos de procedencia de extinción de dominio y de resistencia al mismo, deberían estar regulados en una ley formal del mismo rango, por estar relacionados con la restricción del derecho de propiedad de cobertura constitucional. A manera de referencia, el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, tipifica las conductas delictivas reprimidas con una pena y también las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal. Como bien precisa el Tribunal Constitucional, la satisfacción de las exigencias que demanda el principio de legalidad para el establecimiento de los límites sobre los derechos fundamentales no incluye única y exclusivamente a la ley en sentido formal, esto es, a la expedida por el Congreso de la República como tal, pues también tiene el mismo rango el Decreto Legislativo

expedido por el Poder Ejecutivo por delegación de facultades legislativas. La **reserva legal** debe entenderse como una de **acto legislativo**, no siendo omnicomprensiva para cualquier tipo de norma (STC N° 2235-2004-AA/TC, del 18/2/2005, fundamento 5)⁶⁷.

El artículo 66 del Reglamento de la LED que define la buena fe y describe un conjunto de reglas de conducta a seguir por los propietarios para mantener la validez del acto jurídico de adquisición del bien que se pretende extinguir en el PED por estar relacionado con una actividad delictiva, **vulnera el principio de legalidad formal** y, por tanto, deviene en **inconstitucional**, en razón a que el incumplimiento de los parámetros configurativos de la buena fe por el requerido positivizados en un reglamento y no en la ley, generará la pérdida del derecho de propiedad sobre su bien. El **principio de jerarquía normativa**⁶⁸ habrá de respetarse cuando se legisle sobre la restricción legal de un derecho fundamental como la propiedad. La técnica legislativa apropiada de lege ferenda hubiera sido aprobar una ley integral o bajo el formato de un **Código de Extinción de Dominio**, como sucede en Colombia con la Ley N° 1708 de 2014, después de varias modificaciones a la inicial Ley N° 333 de 1996, Ley de Extinción de Dominio.

67 STC 2235-2004-AA/TC, del 18/2/2005: “Del mismo criterio ha sido también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que si bien ha sostenido que no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 Convención Americana de Derechos Humanos, como sinónimo de cualquier norma jurídica (Opinión Consultiva 6/86, párrafo 26), y que la expresión leyes no puede tener otro sentido que el de **ley formal**, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (párrafo 27); sin embargo, ha admitido también que la exigencia de ley formal no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad legislativa esté a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la mención” (párrafo 36) [fundamento 5].

68 STC 3250-2023-PA/TC, de 27/2/2025: “El principio de jerarquía normativa, contenido en el artículo 51 Constitución, regula la prevalencia de esta sobre toda norma legal; la ley prevalece sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Se trata de una prelación normativa, de manera que las normas se diversifican en categorías diferenciadas en consideración a su rango jerárquico. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada, en la que la norma inferior encuentra en la norma superior la razón de su validez” [fundamento 32].



Este vacío normativo de la LED sobre el entendimiento de la buena fe como causa impeditiva de la declaración de extinción de dominio, puede superarse mediante la interpretación sistemática con la regulación del principio de buena fe en el resto del ordenamiento jurídico, especialmente en el artículo 168 del Código Civil (en adelante, CC)⁶⁹. La interpretación de buena fe exige al intérprete que proceda, en la atribución de significado a la regulación contractual, partiendo de la presunción que las partes, al arribar al acuerdo, se han comportado conforme a los criterios de corrección y lealtad⁷⁰. El principio de la buena fe es el que gobierna toda la labor hermenéutica⁷¹. Es un instrumento de medición de la intencionalidad de la intervención que

las partes tienen, por ejemplo, en el acto jurídico patrimonial por excelencia como lo es el contrato⁷². En el mismo sentido, el artículo 1362 del CC⁷³ reafirma el principio de buena fe en la interpretación del contrato. Así pues, la buena fe es el elemento esencial del contrato, pues las normas jurídicas que disciplinan la libertad de contratar presuponen la honestidad, la seriedad y el objetivo de cumplir la voluntad expresada en cuanto a la celebración del negocio⁷⁴.

La buena fe califica a las conductas estimadas socialmente correctas, honestas, positivas, bien realizadas, las que no causan daño, etc. Es decir, es un adjetivo calificativo que destaca la cualidad positiva de la conducta

69 Artículo 168 CC: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

70 TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Teoría general del contrato*. Tomo I. Pacífico. Lima, 2012, p. 69.

71 VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2000, p. 262.

72 BALAREZO REYES, Emilio. “La presencia de la buena fe a través del Código Civil”. En: *¿Qué es la buena fe de los hechos?* Gaceta Jurídica. Lima, 2021, p. 38.

73 Artículo 1362 CC: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

74 NELSON, Edson. “Las líneas básicas de los contratos y su interpretación en Brasil”. En: *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Tomo I. Grijley. Lima, 2007, p. 674.

humana. Y en sentido inverso, a la mala fe con una conducta reprochable, ilícita y, por tanto, punible. Por una cuestión tradicional, se continúa identificando a la buena fe como un principio del Derecho; sin embargo, se transformó en una norma positiva. Es así que el Código Civil regula en varios artículos los efectos generados a partir de conductas calificadas de buena o mala fe, pero en muy pocas se describe las conductas reguladas. En ese contexto, en los artículos 168 y 1362 CC, la buena fe es receptada bajo la forma de una cláusula general transformada en una norma jurídica de cumplimiento obligatorio y, por ende, exigible. Los códigos sustanciales optan por regular la conducta debida, la de buena fe. Ello impone como método efectuar una **interpretación a contrario sensu** para ponderar si se ha tipificado una conducta de mala fe y, a partir de ello, precisar la sanción aplicable⁷⁵.

En este sentido, por ejemplo, en la adquisición del bien inmueble inscrito, el fiscal deberá destruir la presunción de buena fe registral del tercero reconocida en el artículo 2014 del CC⁷⁶, realizando actos de investigación sobre la información que consta en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan para sustentar que el requerido –interviniente o no en el delito– actuó sin buena fe, o sea con mala fe. Asimismo, le corresponderá acreditar que el propietario **prestó su consentimiento** para la utilización ilícita del bien en el hecho delictivo como lo exige el artículo 102 del CP⁷⁷, en los casos de conducta desleal y delictiva del trabajador⁷⁸ o del arrendatario en la instrumentalización de este.

La buena fe, como se sabe, es un principio genérico de comportamiento jurídico, incluso en materia de contratos, de suerte que quien

75 ALFERILLO, Pascual Eduardo. “El vínculo de la buena fe y la teoría general de la mala fe”. En: *¿Qué es la buena fe de los hechos?* Gaceta Jurídica. Lima. 2021, pp. 433- 434.

76 Artículo 2014 CC: “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La **buena fe** del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

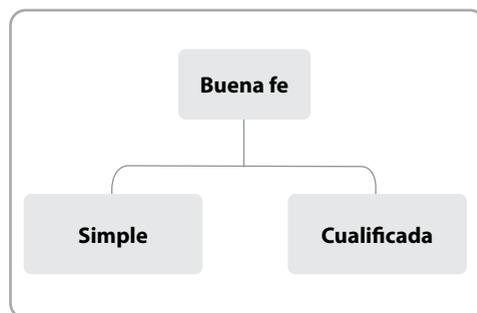
77 Artículo 102 CP: “El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan **prestado su consentimiento para su utilización**. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado”.

78 Expediente 239-2023-0-1601-SP-ED-01/Tumbes, Sentencia de Apelación de 11/4/2024, Sala Superior de La Libertad (voto en mayoría del ponente Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**): “Por lo expuesto, deberá **revocarse** la sentencia que declaró fundada la demanda y reformándola se la declara **infundada**, al haber acreditado la empresa requerida que ha actuado con diligencia y prudencia en la prestación del servicio de transporte público de pasajeros como se constata con la abundante prueba documental antes anotada, aunado a que la Fiscalía no ha atribuido el incumplimiento de las condiciones generales y especiales prevista en la ley para la prestación del servicio de transporte de pasajeros, que favorezca o facilite el delito de contrabando, máxime si el ingreso de la mercadería ilegal (cajas de cigarrillos) fue ejecutado de manera unilateral y desleal por el copiloto Teófilo Angelberto Castro Salvador, contraviniendo sus obligaciones laborales (véase las disposiciones del Reglamento Interno de Trabajo y las cláusulas del contrato de trabajo), así como de manera subrepticia al esconderse la mercadería en la cabina habilitada para el descanso de los choferes en el vehículo de placa T7K 960, no habiéndose para ello desviado el ómnibus de su ruta preestablecida para subir la mercadería ilegal, y al representar las cajas de cigarrillos una carga liviana, bien pudo el copiloto subirlas al ómnibus de manera sorpresiva y fugaz al producirse el obligatorio cambio de piloto o en alguna otra parada programada” [fundamento 25].

realiza un acto o negocio jurídico tiene la convicción que es lícito, ignorando que en su título de adquisición concurre un vicio que pueda invalidarlo. El juicio para su determinación se apoya en la valoración de las conductas deducidas de unos hechos y es de libre apreciación por el órgano jurisdiccional, para lo cual se ha de tener en cuenta hechos y circunstancias que aparezcan probados. La jurisdiccional penal –al igual que la jurisdicción de extinción de dominio– tiene facultades para delimitar situaciones fraudulentas y a constatar la verdadera realidad que subyace tras una titularidad jurídica aparente empleada para encubrir y enmascarar la realidad del tráfico jurídico y para enmascarar el origen ilícito incluso del dinero empleado para su adquisición (Casación Penal N° 1553-2018/Nacional, del 6/8/2019, fundamento 7).

La **buena fe simple**, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos solo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada **cualeficada, creadora de**

derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía. Entonces se concluye que, a diferencia de la buena fe simple que exige solo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza (Sentencia C-1007/02 del 18/11/2002, Corte Constitucional de Colombia, fundamento 2.5)⁷⁹.



79 Sentencia C-1007/02 de 18/11/2002, Corte Constitucional de Colombia: “Para su aplicación, en los casos en que se convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de buena fe, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

- a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijeran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el *error communis*, error común a muchos.
- b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y
- c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

En conclusión, aunque un bien haya sido adquirido por compra o permuta pero provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita, el tercero adquirente del mismo debe ser protegido si demuestra haber obrado con buena fe exenta de culpa y por lo tanto no tendrá que soportar las consecuencias de la extinción de dominio” [fundamento 2.5].

La **buena fe cualificada o creadora de derecho** tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita. Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero si se actuó con buena fe exenta de culpa dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio (Sentencia C-1007/02 de 18/11/2002, Corte Constitucional de Colombia, fundamento 2.5).

La presunta procedencia ilícita del bien maculado se puede acreditar mediante prueba directa o indirecta (por indicios). En este último caso se requieren de la presencia de indicios objetivos fundados. Entre ellos, a título meramente enunciativo, es posible, valorar como tales: i. La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada. ii. La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes. iii. La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida –así ha sido reglado en el artículo 127 bis, numeral

2 del CP español– (Casación Penal N° 1553-2018/Nacional, del 6/8/2019, fundamento 7).

La Directiva (UE) 2024/1260 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24/4/2024 sobre recuperación y decomiso de activos, en su artículo 13.1 sobre el decomiso de bienes de terceros, señala:

El decomiso de los productos u otros bienes del delito será posible cuando un órgano jurisdiccional nacional haya determinado, basándose en los hechos y las circunstancias concretos de un caso, que **los terceros tenían o debían haber tenido conocimiento** de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso. Tales hechos y circunstancias incluyen: a) que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe claramente desproporcionado con respecto al valor de mercado de los bienes, o b) que los bienes se hayan transferido a partes estrechamente relacionadas y hayan permanecido al mismo tiempo bajo el control efectivo de la persona sospechosa o acusada.

La **sanción de mala fe** como conducta jurídicamente reprochable está vinculada con el **principio de legalidad**, lo cual implica una asociación con el **principio de inocencia** (artículo 2.24.e de la Constitución), con lo cual se presume que el actuar de los sujetos de derechos es de buena fe, quedando la carga de probar que ello no es así a cargo de quien invoque la mala fe de la otra parte. En esa línea, a manera de referencia, se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario (artículo 907 del CC), y en el marco del principio de buena fe registral, la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía de la inexactitud del registro (artículo 2014 del CC). Por imperio constitucional –presunción de inocencia–, siempre

corresponderá tener en cuenta la presunción de buena fe a los fines de atribuir la carga probatoria de la mala fe a quien la invoque⁸⁰.

La **mala fe** se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc., relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba y, por tanto, considera ilegítimo su proceder a partir de ese momento. No se trata de cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente, esencial, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos del acto. Es por ello que en la mala fe se puede invocar la excusa del error o la ignorancia de hecho, pero no en el equívoco de derecho. Estas conductas exigibles emergen en el ámbito obligatorio, de los deberes secundarios que coexisten con la prestación principal, derivados del principio de la buena fe⁸¹.

La posición oficialista del SNEED sostiene que cabe distinguir la buena fe del derecho de extinción de dominio frente al derecho civil, puesto que por un equívoco interpretativo del artículo 950 del CC, se establece que “la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”. A partir de ello, **la interpretación del derecho civil se equivoca**, dado que la prescripción larga de diez años puede ser sin justo título y de mala

fe. Además, ignora que, conforme al artículo 70 de la Constitución, no es posible admitir ninguna propiedad o derecho real a quien ha actuado sin buena fe, porque es inconstitucional (artículo 2.4, 31.2, 33.1.f LED y artículo 66 del Reglamento de la LED)⁸².

En otras palabras, el artículo 950 del CC que reconoce la prescripción adquisitiva de bien inmueble por posesión sin justo título y mala fe es contrario al artículo 70 de la Constitución. La misma crítica se extendería al artículo 951 del CC respecto a la prescripción adquisitiva de bienes muebles⁸³, por tanto, bajo la definición amplia de actividad ilícita en la redacción primigenia de la LED –antes de su modificación por Ley N° 32326 que la limito a delitos– podría teóricamente iniciarse el PED contra todos los beneficiarios de la usucapión de plazo extendido de bienes inmuebles o muebles, por derivarse de un ilícito civil por no tener justo título ni buena fe, contraviniendo la seguridad jurídica del derecho de propiedad en nuestro país.

En contrario a la posición oficialista del SNEED, existe jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema, en el sentido que nuestro ordenamiento civil señala que la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por ley. Sirve, además, a la **seguridad jurídica** del derecho. La adquisición de la propiedad por prescripción de un inmueble se logra mediante la posesión continua, pacífica y pública como

80 ALFERILLO, Pascual Eduardo. Ob. cit., pp. 448-449.

81 ALFERILLO, Pascual Eduardo. Ob. cit., p. 443.

82 Poder Judicial. Manual de Extinción de Dominio. 2021. Lima, p. 91.

83 Artículo 951 Código Civil: La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.

propietario durante diez años (denominada usucapión extraordinaria), en tanto que, si media justo título y buena fe dicho lapso se reduce a cinco años (denominada usucapión ordinaria). En la usucapión bajo la exigencia decenal de la posesión, **no se analiza ni el justo título ni menos la buena fe** en dicha posesión (Casación N° 2229-2008, Lambayeque, de 23/10/2008, II Pleno Casatorio Civil, fundamento 43).

Es tercero de buena fe el propietario, no responsable criminal, de los bienes, legalmente adquiridos y de lícito comercio, cuando sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos –se trata de las ganancias–. Por el contrario, es un propietario de mala fe cuando los adquirió con conocimiento de que de esta forma se dificultaba el decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso –se trata de los objetos, instrumentos y efectos del delito–. Solo se decomisará el bien de un tercero cuando este no presta aquella garantía de vigilancia. En los casos de las ganancias, la inexistencia de la buena fe del tercero se dará cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podría haber previsto la posibilidad del origen delictivo⁸⁴.

La buena fe en la interpretación de la celebración y ejecución de los contratos se presume por imperativo del ordenamiento jurídico, es decir, el requerido, a la vez, propietario del bien cuyo derecho real se pretende extinguir a favor del Estado, ingresa al PED premunido de una verdad interina –presunción relativa o *iuris tantum*– que actuó con lealtad y probidad en la adquisición o utilización del bien. No se impondrá el decomiso cuando se trata de la adquisición de buena fe de un sujeto o titular no responsable del delito y conforme a la legalidad vigente⁸⁵. La buena fe simple, al igual que la presunción de inocencia, se presume, por lo que su sentido contrario se prueba dentro del PED. Esto es, la fiscalía requiere fragmentar esa presunción para concluir que los bienes de determinada persona no merecen la protección constitucional y, por lo tanto, se declare su extinción a favor del Estado, mediante una sentencia⁸⁶. En esta línea, le corresponderá a la Fiscalía probar que el tercero no obró con buena fe exenta de culpa, pues no realizó ninguna conducta positiva para verificar que el bien que adquiriría o que estaba permutando tenía una procedencia lícita⁸⁷.

Será una carga probatoria de la fiscalía como parte demandante destruir la presunción de buena fe, en otras palabras, tendrá que acreditar que el requerido actuó de mala fe, imputándole como factor de atribución de responsabilidad haber procedido con **dolo** –directo o eventual–, esto es, con conocimiento o

84 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit., p. 834.

85 Casación 1553-2018/Nacional, de 6/8/2019: “No se impondrá el decomiso cuando se trata de la adquisición de **buena fe** de un sujeto o titular no responsable del delito y conforme a la legalidad vigente. El tercero afectado por el decomiso y, antes por la incautación cautelar es la persona distinta al investigado o encausado que, por ostentar derechos sobre el bien cuyo decomiso o incautación se solicita, adquiridos por actos inter vivos o mortis causa, de los que puede verse privado en los casos previstos por el derecho sustantivo, ser verá afectada por los efectos materiales inmediatos o mediatos por la sentencia o auto cautelar” [fundamento 6].

86 Poder Judicial. *Manual de Extinción de Dominio*. 2021. Lima, pp. 80-81.

87 Poder Judicial. *Manual de Procedimientos de Extinción de Dominio*. 2023. Lima, p. 128.

deber de conocimiento⁸⁸, o **culpa inexcusable** en la producción o facilitación de la actividad ilícita asociada al origen o destino del bien⁸⁹. La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde probarlo a quien lo alega (artículo 1330 del CC)⁹⁰, en cambio la inejecución de la obligación se presume que obedece a culpa leve (artículo 1329 del CC)⁹¹.

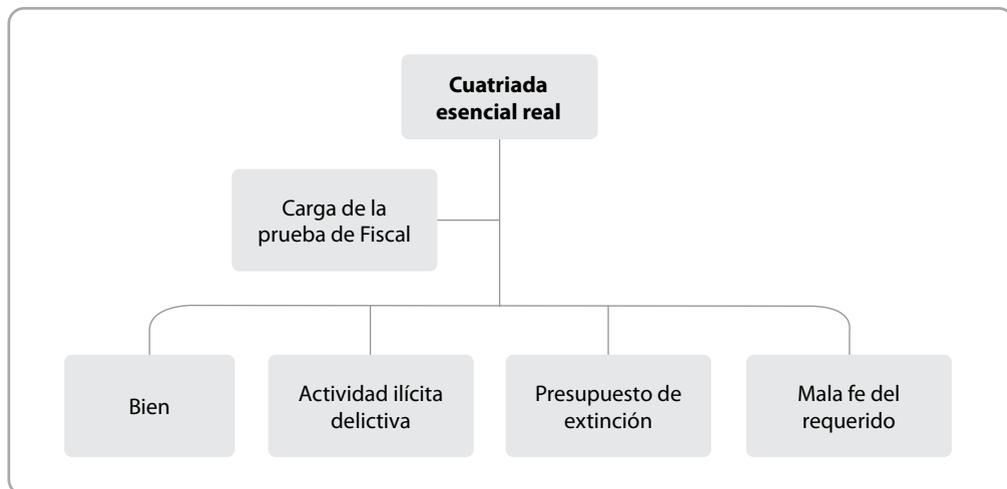
Para la fundabilidad de la extinción de dominio, le corresponde a la Fiscalía acreditar la **triada esencial real** compuesto por el bien, la actividad ilícita delictiva –con condena o sin condena según el delito nominado–, y el

presupuesto de extinción de dominio⁹². Adicionalmente a ello, también le corresponde al fiscal acreditar la mala fe del requerido, o lo que es lo mismo, que este no obró con buena fe cualificada o exenta de culpa, es decir que actuó con dolo o culpa inexcusable en la adquisición o utilización del bien, según las circunstancias del caso⁹³. Resulta manifiestamente insuficiente señalar en la imputación fiscal que el requerido no actuó con prudencia o diligencia en el cuidado de su bien para entender satisfecha la exigencia de mala fe para la procedencia de la extinción de dominio⁹⁴. Por tanto, será mejor referirse a

- 88 Casación 1553-2018/Nacional, de 6/8/2019: En orden a la adquisición de los bienes, lo relevante desde la perspectiva subjetiva no es el ya origen –ilícito– de aquellos, sino el saber que con su actitud el tercero impide, en todo o en parte, la eficacia del decomiso. Se exige, de un lado, **dolo directo**, esto es, conocimiento que se adquiere un bien con conocimiento de que de ese modo se dificulta su decomiso; o de otro lado, **dolo eventual**, vale decir, cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso. Esto es, conocimiento o deber de conocimiento” [fundamento 7].
- 89 Como refiere Luis Gracia Martín, el comiso de instrumentos peligrosos pertenecientes a terceros debería ser procedente cuando estos u otras personas a su nombre tengan deberes de vigilancia sobre tales objetos y ofrezcan garantías de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros en la comisión de delitos en el futuro. Se descartan en este último caso los supuestos en que es el propio tercero (titular del bien o instrumento) quien facilita al agente el uso del medio o instrumento de modo doloso o incluso con negligencia grave, como la ignorancia deliberada (dolo eventual) o la indiferencia extrema (culpa) [GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Decomiso, incautación y secuestro*. Ideas. Segunda edición. Lima, 2015, p. 60].
- 90 Artículo 1330 Código Civil: “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.
- 91 Artículo 1329 Código Civil: “Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.
- 92 Poder Judicial. Manual de Procedimientos de Extinción de Dominio. 2023. Lima, p. 67.
- 93 Con respecto al tercero de buena fe exenta de culpa, la fiscalía establece lo siguiente: i. Si el tercero adquirente obra con dolo (pese a que el origen o la destinación del bien eran ilícitos). ii. Si el tercero adquirente obra con culpa grave [Poder Judicial. Manual de Extinción de Dominio. 2021. Lima, p. 84].
- 94 Expediente 239-2023-0-1601-SP-ED-01/Tumbes, Sentencia de Apelación de 11/4/2024, Sala Superior de La Libertad (voto en mayoría del ponente Juez Superior **Giammpol Taboada Pilco**): “La inobservancia del principio de legalidad en el contenido de lo prudente y diligente en un determinado sector de la actividad empresarial, como el de transporte de pasajeros, daría lugar a permitir como parámetro válido de valoración el **conocimiento privado del juez** para determinar en forma totalmente discrecional y para cada caso en concreto, la forma de efectuar las actividades de prevención según su leal saber y entender (principio de interdicción de la arbitrariedad). Peor aún será la postura del juez que **imputa de manera genérica la falta de diligencia y prudencia del requerido**, pero sin darle contenido concreto a las acciones de prevención y control que debió haber realizado el requerido en el desarrollo de su actividad comercial, para satisfacer el **estándar idealizado de evitación de realización de actividades ilícitas** (contexto de descubrimiento), mediante el uso indebido de los bienes empresariales por parte de los trabajadores dependientes. Esta imputación genérica y vacía de contenido de que el requerido actuó sin diligencia y prudencia, constituye una manifiesta **infracción del deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales** (artículo 139.5 de la Constitución). Por ello, resulta atenable la exhortación que hace la empresa requerida en su recurso apelación dirigida al Fiscal Especializado en su demanda y al Juez en su sentencia, para que **‘precisen que exigencias debe realizar la empresa para considerar que actuó con prudencia y diligencia’**” [fundamento 20].

la **cuatriada esencial real** como la carga de la prueba que deberá satisfacer el fiscal para declararse fundada la demanda en el PED,

compuesto por: i. el bien, ii. la actividad ilícita delictiva, iii. el presupuesto de extinción de dominio y iv. la mala fe del requerido.



En el ámbito penal, el **dolo directo de primer grado** (dolo inmediato) acontece cuando la realización del tipo –ya sea del resultado o de la acción delictiva– es precisamente la que el autor persigue. En el **dolo directo de segundo grado** (dolo mediato), el agente cuando ejecuta un hecho ilícito advierte que, además del resultado que se busca generar, se va a producir otros resultados que están vinculados al principal de manera necesaria e inevitable (dolo de consecuencias necesarias). En el **dolo eventual**, el autor considera seriamente la posibilidad de realización del tipo penal y se conforma con ella⁹⁵. En el ámbito civil, procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación (artículo 1318 del Código Civil).

Respecto a la **culpa**, el fundamento de punibilidad de los delitos culposos o imprudentes para el derecho penal se halla referido en

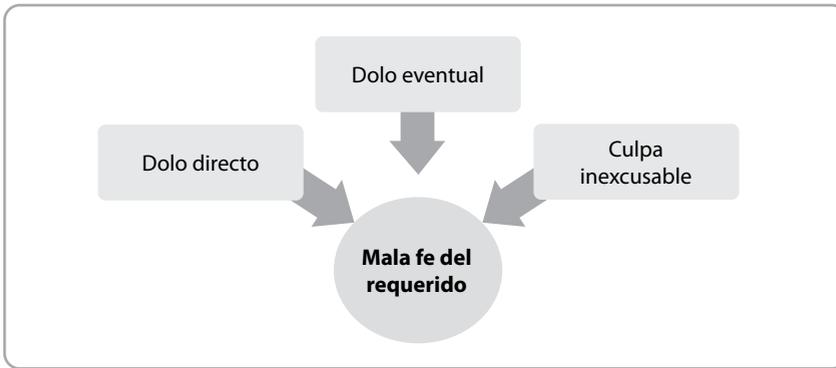
primer lugar al desvalor de la acción (imputación de la conducta), específicamente al crear o incrementar el peligro o riesgo cuando se infringe una norma de cuidado (objeto de referencia). En segundo lugar, al desvalor del resultado (imputación del resultado), es decir, la puesta en peligro o la lesión que se genera en contra del bien jurídico protegido. La imprudencia siempre es un error vinculado a una falta de cuidado de parte del sujeto, es decir, es un error de tipo vencible (artículo 14, primer párrafo del CP). La imprudencia sancionable es un error insoportable para el orden jurídico porque evidencia el desinterés del sujeto frente a terceros. La variedad de conductas imprudentes hace imposible describirlas a todas de manera expresa. El delito imprudente es un tipo abierto. Requieren de una norma de cuidado que permita identificar

95 VILLAVICENCIO T., Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima, 2017, pp. 369-372.

el correspondiente deber de cuidado, y con ello, complete o cierre del tipo penal⁹⁶.

En el ámbito civil, actúa con **culpa leve** quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que

corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 1320 del CC). En cambio, incurre en **culpa inexcusable** quien por negligencia grave no ejecuta la obligación (artículo 1319 del CC).



Solo después de satisfacer como elemento sustancial de la imputación sobre la mala fe en el ejercicio del derecho de propiedad sobre el bien vinculado a una actividad ilícita delictiva, la carga de la prueba se trasladará –carga dinámica– al requerido, quien deberá demostrar lo contrario para no perder su propiedad, esto es, que actuó con **buena fe objetiva**, también denominada **cualeficada o exenta de culpa**, en la adquisición o uso del bien. Actuar en contrario, sería crear arbitrariamente una presunción de mala fe del propietario del bien que no tiene cobertura legal. Por ello, ha sido correcta la modificación dispuesta por Ley N° 32326 a la infeliz redacción del artículo II.2.9 de la LED sobre la carga de la prueba, que limita a la Fiscalía la probanza únicamente de la actividad ilícita para lograr la fundabilidad de su demanda. Ahora el precepto señala con mayor precisión que “para la admisión a trámite y declarar fundada la demanda de extinción de dominio,

corresponde al Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien”. No obstante, para dotar de mayor claridad a la distribución de las cargas probatorias en el PED, *de lege ferenda* cabe adicionar la exigencia de imputación y prueba sobre la actuación de **mala fe del requerido**, a cargo del fiscal.

XII. CONCLUSIONES

La postura oficialista del SNEED destaca que en el curso de los cinco últimos años (2019 al 2024), esto es, a partir de la vigencia del DL N° 1373, las 3 salas superiores y los 22 juzgados especializados han resuelto 608 expedientes –de los cuales solo fueron revocados un total de 36 casos, lo que representa únicamente el 5.92 % del total–, habiendo procedido a la extinción de bienes valorizados en más de \$ 159’764,292.66, dólares americanos, es decir, más de 600 millones de soles, cantidad que de

96 VILLAVICENCIO T., Felipe. Ob. cit., pp. 382-386.

ninguna manera se logró antes, durante más de diez años de vigencia de la figura de pérdida de dominio regulada por los derogados Decretos Legislativos 992 y 1104.

Sin duda se trata de cifras impactantes en términos de “eficacia” en la aplicación de la LED por el SNEED. El detalle es que el discurso oficialista de legitimación de la ley basado en cifras de producción jurisdiccional y de recuperación de bienes a favor del Estado –como prefieren calificarlo para disimular lo que en realidad es la pérdida del derecho de propiedad–, no aborda el problema central consistente en que se trata de una ley meticulosamente diseñada para que las personas pierdan el proceso y por consiguiente su propiedad, al facilitarles a más no poder a los órganos oficiales de persecución real (fiscalía y procuradores) la fundabilidad de las demandas, pero con el alto costo de inobservar el contenido esencial de los derechos fundamentales y las garantías procesales previstas en la Constitución y la ley.

La LED empieza por reconocer una ultra autonomía, al permitir la coexistencia simultánea de dos procesos judiciales –uno penal y otro de extinción de dominio– para declarar la pérdida de propiedad del bien considerado como objeto, instrumento, efecto o ganancia de una actividad ilícita delictiva, prevaleciendo y superponiendo la medida cautelar de incautación de extinción sobre el proceso penal, pese a que generalmente es ejecutada antes por efecto de la detención en flagrancia delictiva, rompiendo la regla general del artículo 639 del CPC sobre la concurrencia y prelación de las medidas cautelares (primero en el tiempo, primero en el derecho). Asimismo, la susodicha autonomía, autoriza que la sentencia de extinción declare prematuramente la existencia del hecho delictivo vinculada al bien, sin que previamente la justicia penal haya emitido una condena firme por el mismo hecho, incluso aunque haya absolución, vulnerando la cosa juzgada penal.

La LED permite la aplicación retrospectiva –retroactividad camuflada– a actividades ilícitas delictivas anteriores a su vigencia, vulnerando el principio de aplicación inmediata de la ley y de prohibición de retroactividad salvo en materia penal en lo que sea favorable al reo previsto en el artículo 103 de la Constitución. De otro lado, el requerido ingresa al PED con una presunción de culpabilidad y de mala fe, pues el fiscal solo tiene la carga probatoria de la actividad ilícita del bien al momento de presentar la demanda. Las reglas para configurar la buena fe cualificada o exenta de culpa que puede invocar el requerido para no perder su propiedad, no está regulada en la LED, sino en su reglamento, vulnerando el principio de legalidad formal.

La indagación patrimonial que puede durar en casos complejos hasta seis años es reservada, mal interpretada como secreta, solo le permite al requerido apelar la incautación de su bien y pedir su variación. La medida cautelar de incautación –echarte de tu casa y quitarte tu vehículo–, pese a ser la más grave, es aplicada en la generalidad de los casos sin un análisis serio y objetivo de su proporcionalidad, con el agravante de la entrega temporal del bien para su uso a alguna institución estatal hasta que se emita sentencia firme. Incluso, aun cuando se declare infundada la demanda, el bien seguirá incautado hasta que se resuelva la apelación, desnaturalizándose como medida cautelar instrumental. Todas las infracciones a los derechos fundamentales y a las garantías procesales ante anotadas explican las pomposas cifras de “recuperación” de bienes por el SNEED, prevaleciendo a toda costa la eficacia en la persecución patrimonial.

Lo mejor para nuestro país sería derogar la LED debido a que la Ley N° 32326, del 9/5/2025 la ha modificado sustancialmente, y probablemente seguirá cambiando más adelante con la decisión que adopte el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad

iniciado por el Defensor del Pueblo contra la misma. En su lugar, sería deseable la dación de una norma sistematizada en un Código de Extinción de Dominio, descartando la mala técnica de utilizar un mero reglamento (DS 7-2019-JUS), para incorporar aspectos sustantivos y procesales más gravosos a los derechos del requerido, vulnerando de esta manera el principio de legalidad formal. Asimismo, a diferencia de la aprobación subrepticia de la LED por el Poder Ejecutivo mediante delegación de facultades, el Código de Extinción de Dominio debería ser producto de un debate técnico y democrático por los diferentes sectores de la sociedad con la finalidad de dotarle de legitimidad, así como armonizar sus reglas con nuestra realidad nacional en la que **más del 70 % de la población económicamente activa (PEA) es informal**, además de cumplir con el respecto a los derechos fundamentales y garantías procesales reconocidos en la Constitución y la ley.

Finalmente, resulta saludable la sensatez de la Ley N° 32326 de retornar al modelo de prevalencia del decomiso penal y la excepcionalidad del PED, como estuvo regulado correctamente en el derogado Decreto Legislativo N° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, en armonía con el artículo 54.1.c Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida). Cuando no proceda el decomiso por causales legales de imposibilidad física o jurídica de emitirse una condena en el proceso penal, queda habilitado el decomiso sin condena en el PED, de manera similar a lo preceptuado en el artículo 127 ter del Código Penal español; empero, a diferencia de este, resulta justificable hacerlo en un proceso autónomo, aprovechando el recurso humano y logístico existente del SNEED para superar las deficiencias del pasado, de cara a lograr un sistema eficiente y eficaz de persecución del patrimonio ilícito de la delincuencia económica, pero sin sacrificar los derechos, principios y garantías de un Estado de Derecho.

REFERENCIAS

- Alferillo, P. E. (2021). El vínculo de la buena fe y la teoría general de la mala fe. En *¿Qué es la buena fe de los hechos?* Gaceta Jurídica.
- Asencio Mellado, J. M. (2008). *Introducción al Derecho Procesal* (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Balarezo Reyes, E. (2021). La presencia de la buena fe a través del Código Civil. En *¿Qué es la buena fe de los hechos?* Gaceta Jurídica.
- De la Oliva, A. (2002). *Derecho Procesal. Introducción* (2.ª ed.). Centro de Estudios Ramón Areces.
- Gálvez Villegas, T. A. (2015). *Decomiso, incautación y secuestro* (2.ª ed.). Ideas.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (1994). *El negocio jurídico* (2.ª ed., 1.ª reimp.). Grijley.
- Luján Túpez, M. (2021). *Revista Especializada en el Derecho de Extinción de Dominio* (Año 01, N.º 01). Grupo de estudio de magistrados peruanos de Extinción de Dominio.
- Nelson, E. (2007). Las líneas básicas de los contratos y su interpretación en Brasil. En *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (Tomo I). Grijley.
- Nieva Fenoll, J. (2006). *La cosa juzgada*. Atelier.
- Rubio Correa, M. (2006). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. PUCP.
- Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (Tomo I). Pacífico.
- Urbina Mendoza, E. J. (2023). Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el derecho comparado y Latinoamericano: Origen, tendencias y transformaciones por la justicia constitucional. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 71(2), 289–290. <https://doi.org/10.18543/ed.2934>
- Vidal Ramírez, F. (2000). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.
- Villavicencio T., F. (2017). *Derecho Penal. Parte General*. Grijley.