

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**LA PÉRDIDA DE DOMINIO COMPRENDIDA EN LOS EFECTOS DE LA
ACCIÓN CIVIL**

PRESENTADA POR:

JUAN MANUEL FLORES SÁNCHEZ

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

PUNO, PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

**ESCUELA DE POSGRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA
MAESTRÍA EN DERECHO**



TESIS

**LA PÉRDIDA DE DOMINIO COMPRENDIDA EN LOS EFECTOS DE LA
ACCIÓN CIVIL**

PRESENTADA POR:

JUAN MANUEL FLORES SÁNCHEZ

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO CIVIL

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE


M. Sc. RICARDO WILLAN ALVAREZ GONZALES

PRIMER MIEMBRO


M. Sc. JOSE EDGAR COILA AGUILAR

SEGUNDO MIEMBRO


M. Sc. WILDER IGNACIO VELAZCO

ASESOR DE TESIS


Dr. BORIS ESPEZUA SALMON

Puno, 14 de diciembre del 2017

ÁREA: Acción procesal.

TEMA: Derecho civil.

DEDICATORIA

A mis queridos hijos Luis Manuel y Olivia Abigail; quienes constituyen fuente de inspiración y fortaleza para alcanzar mis objetivos.



AGRADECIMIENTOS

- A Dios por su presencia en mi vida; cuyo amor incondicional, es mi fuerza para lograr mis sueños.
- A mi amada esposa Olivia Neftali; porque este trabajo no se habría concretizado sino hubiese sido por su invaluable apoyo incondicional y aliento constante para lograr mi objetivo.



ÍNDICE GENERAL

	Pag.
DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL.....	iii
RESUMEN	vii
ABSTRAC	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN	
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	3
1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.3.1 Problema General	5
1.3.2 Problemas Específicos	5
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
1.4.1 Objetivo General.....	5
1.4.2 Objetivos Específicos	5
1.5 HIPÓTESIS.....	5
1.5.1 Hipótesis General.....	5
1.5.2 Hipótesis Específica	6
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	
2.1 ANTECEDENTES.....	7
2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS.....	7
2.2.1 La Síntesis Creadora del Proceso Romano y del Proceso Germánico	7
2.2.2 El Problema de la Acción	9
2.3 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	16

2.3.1	Los Derechos Fundamentales como Derechos Protegidos por la Constitución en un Estado de Derecho Primacía de los Derechos Fundamentales.....	16
2.3.2	Debido Proceso.....	19
2.3.3	Principio Aplicable a Cualquier Órgano que Desempeñe Funciones Jurisdiccionales.....	20
2.3.4	El Objeto de Estudio de la Teoría del Proceso.....	21
2.3.5	Proceso Judicial.....	22
2.3.6	El Hecho, el Acto y el Negocio Jurídico.....	23
2.3.7	Juez Competente.....	24
2.3.8	Jurisdicción Penal Militar.....	25
2.3.9	Realidad y Proceso.....	25
2.3.10	Teorías de la Acción.....	26
2.3.11	Derecho de Acción.....	30
2.3.12	Naturaleza Jurídica de la Acción.....	31
2.3.13	Escuela Alemana e Italiana.....	32
2.3.14	Escuela Italiana.....	33
2.3.15	Clasificación de las Acciones.....	34
2.3.17	Teoría General del Proceso.....	37
2.3.18	La Acción Procesal.....	38
2.3.18	El Proceso Civil.....	39
2.3.19	Acción Civil y Acción Penal.....	41
2.3.20	Ejercicio de la Acción Penal.....	42
2.3.21	La Acción en el Derecho Procesal Penal.....	44
2.3.22	La Acción Procesal.....	45
2.3.23	La Acción Penal.....	45
2.3.23	Características de la Acción Penal.....	47
2.3.24	Naturaleza Jurídica.....	48
2.3.25	Tipos de la Acción Penal.....	49
2.3.26	Elementos de la Acción Penal.....	51
2.3.27	Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal.....	52

2.3.29	Diferencia entre Acción Civil y Acción Penal	54
2.3.30	Artículo 8 – De la Competencia	55
2.3.31	La Ley 30077: Ley Especial Contra el Crimen Organizado	56
2.3.32	Objetivo de la Ley 30077	57
2.3.33	Naturaleza de la Acción de Perdida de Dominio	58
2.3.34	Procedencia de la Extinción de Dominio	61
2.3.35	La Acción de Perdida de Dominio	62
2.3.36	Naturaleza Jurídica de la Acción	63
2.3.37	Fundamentación de Acción	64
2.3.38	Los Bienes Sujetos a la Acción de Pérdida de Dominio	65
2.3.39	Patrimonio de una Persona	67
2.3.40	Legislación Comparada de Pérdida de Dominio Colombia	68
2.3.41	La Pérdida de Dominio	71
2.3.43	Ganancias del Delito	72

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1	MÉTODO	75
3.2	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	75
3.3	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	76
3.4	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	77
3.5	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	77
3.6	PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN	77
3.7	PLAN DE RECOLECCION DE DATOS	78
3.8	PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACION (PLAN DE RECOLECCION DE DATOS)	79
3.9	TECNICAS E INTERPRETACION DE DATOS.....	80

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1	OBJETIVO ESPECÍFICO I: ANALIZAR LA NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN CIVIL	82
4.2	OBJETIVO ESPECÍFICO II: ANALIZAR LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL	84

4.3 OBJETIVO ESPECÍFICO III: ESTABLECER LOS EFECTOS
APLICABLES A LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO POR SU
NATURALEZA 87

CONCLUSIONES 94

RECOMENDACIONES 96

BIBLIOGRAFÍA 97



RESUMEN

El trabajo de investigación, versa sobre el auténtico contenido de la acción de la pérdida de dominio, que en la actualidad se encuentra completamente legislado en el ámbito penal como una acción principal y también como una acción accesoria, entendiéndose de la legislación vigente que mencionada acción de pérdida de dominio se trataría de una acción de naturaleza penal, habiéndose conferido el proceso que las comprende, inclusive, a los jueces penales, por lo que es necesario hacer aportes investigativos para deslindar la real naturaleza de las acciones como en este caso es el de la pérdida de dominio. Así se verificara la naturaleza de ambas acciones, es decir las de naturaleza penal y las de naturaleza civil, procediéndose a analizar los efectos que corresponden a cada una de ellas, en especial a la comprendida en la denominada pérdida de dominio, se tratara entonces temas como el patrimonio, sus alcances, las acciones que corresponden a dicha institución así como el dominio en rigor y los derechos reales en general, no dejando de lado la legislación al respecto de la denominada acción de pérdida de dominio y las competencias que son consecuencia del procesamiento de las acciones en relación con los órganos jurisdiccionales que debían abocarse a su conocimiento dentro del marco del debido proceso y las garantías que establecen los derechos fundamentales.

Palabras Clave: Acción civil, acción penal, competencia, juez natural, pérdida de dominio y patrimonio.

ABSTRAC

The research work is about the authentic content of the action of loss of ownership, which is currently fully legislated in the criminal sphere as a principal action and also as an accessory action, understanding of the current legislation that mentioned action of loss of ownership would be an action of a criminal nature, having conferred the process that includes them, including criminal judges, so it is necessary to make research contributions to demarcate the real nature of the actions as in this case is the of the loss of dominion. This will verify the nature of both actions, ie those of a criminal nature and those of a civil nature, proceeding to analyze the effects that correspond to each of them, especially the one included in the so-called loss of domain, which will then be issues as the patrimony, its scope, the actions that correspond to said institution as well as the domain in rigor and the real rights in general, not leaving of side the legislation with respect to the denominated action of loss of dominion and the competitions that are consequence of the processing of the actions in relation to the jurisdictional bodies that should be brought to their attention within the framework of due process and the guarantees established by fundamental rights.

Keywords: Civil action, criminal action, competition, natural judge, loss of ownership and assets.

INTRODUCCIÓN

En la dinámica diaria de observar la aplicación de nuestras normas legales nos encontramos frente a diversos aspectos que deben ser mejorados para una correcta congruencia de todo el sistema normativo, en ese entender es necesario aportar al esclarecimiento de la naturaleza de las instituciones que se van incorporando a nuestra normatividad, como la acción de pérdida de dominio recogida como instrumento para el combate contra la criminalidad organizada es decir en un ámbito plenamente penal, pero dicha acción es por el contrario plenamente civil, lo que genera el problema de investigación, así en el análisis que se ha planteado se encuentra que la acción de pérdida de dominio es en efecto una acción real autónoma y demás características propias del ámbito de las acciones civiles, en consecuencia debe corresponderle la aplicación de los efectos propios a dicha naturaleza, esencialmente el conocimiento en competencia por los jueces civiles y no la asignación que le hace la ley especial a los jueces penales, contraviniéndose en materia de derecho fundamental de debido proceso la dimensión del juez natural, debiendo ser inaplazable la aplicación de la competencia jurisdiccional que le corresponde, evitándose de esta manera la incongruencia normativa que se viene dando en la realidad con la puesta en vigencia de la ley de pérdida de dominio.

CAPÍTULO I

PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro sistema jurídico se le ha otorgado a la pérdida de dominio un sitial en la legislación penal, es decir se la ubica dentro del proceso penal con reglas correspondientes a ese proceso y lógicamente bajo el conocimiento o competencia de un juez penal, otorgándole además básicamente calidades de accesoriedad a la imposición de una sentencia condenatoria, aunque también se la regula como una acción principal extraproceso penal en el cual se determina las responsabilidades de esa naturaleza es decir se lleva a cabo el proceso de reprochabilidad pero siempre bajo la competencia de un juez penal, lo que nos lleva a problematizar el tema, con la sencilla vista que si se trata de patrimonios entonces acuden acciones reales y si esto es así estamos frente a una acción de naturaleza civil y no de naturaleza penal, en consecuencia jurídicamente debe conferirse su conocimiento a un juez civil, quien realizara una interpretación y aplicación normativa especializada con mayor criterio y razonabilidad que un

juez penal, lógicamente para el caso del proceso en el cual la acción de pérdida de dominio no tenga la calidad de accesoria.

Es necesario en consecuencia distinguir la naturaleza jurídica de las acciones propiamente penales, respecto de las acciones rigurosamente civiles, y aun más dentro de la acción de pérdida de dominio aquella que está destinada específicamente a privar del patrimonio a una persona dentro del marco constitucional de las garantías que establecen los derechos fundamentales y en especial las que informan y son tuteladas por el debido proceso, de esta manera podemos contribuir a dilucidar porque una acción de clara naturaleza civil esta conferida en competencia a un juez penal, para el caso no perderemos de vista el marco teórico doctrinario que informa la naturaleza jurídica de las acciones, donde se comprenderá necesariamente alguna legislación comparada que como experiencia supranacional pueda ayudarnos a encaminar el real conocimiento de la acción de pérdida de dominio.

1.2 JUSTIFICACIÓN

La investigación que se proyecta encuentra justificación, en principio, en la garantía constitucional que principistamente informa que nadie puede ser apartado de la jurisdicción predeterminada que le corresponde, entonces si la acción es de naturaleza civil y está encaminada en un proceso propiamente exclusivo para su tramitación, debe corresponderle todos los efectos connaturales o inherentes a su naturaleza, entre ellos la competencia de los órganos jurisdiccionales propios a su especialidad, donde se ventile con rigor y debido proceso lo relacionado a su naturaleza patrimonial o real, de lo contrario nos encontraríamos simplemente ante un aspecto que configura arbitrariedad

puesto que tratándose de un proceso que busca la privación del patrimonio de las personas sin otro motivo o finalidad no puede estar sino en manos de la competencia de los jueces civiles atendiendo además a la razón de competencia por materia que debe observarse necesariamente.

Es necesario tener en claro, la estructura y naturaleza correspondiente tanto a las acciones penales como a las acciones civiles así fundamentar las razones por la cuales se debe otorgar la correspondencia de efectos jurídicos a cada una de ellas poniendo de relevancia la tutela que debe brindar al derecho a la persona y en especial a su patrimonio que luego de los valores como la vida la integridad física y sucedáneos constituye la razón de ser de la vida del hombre y sociedad, entonces no se puede privarle del mismo de maneras que linden con el irrespeto al marco jurídico que tiene por objeto brindar las garantías para la realización de la vida del ser humano, en la cual qué duda cabe el patrimonio juega un papel muy importante, por lo mismo deba tenerse en claro todas las reglas de juego, más aun las relacionadas con su privación, que constituye el polo opuesto de su protección constitucional o proceso lo relacionado a su naturaleza patrimonial o real, de lo contrario nos encontraríamos simplemente ante un aspecto que configura arbitrariedad puesto que tratándose de un proceso que busca la privación del patrimonio de las personas sin otro motivo o finalidad no puede estar sino en manos de la competencia de los jueces civiles atendiendo además a la razón de competencia por materia que debe observarse necesariamente.

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1 Problema General

- ¿La acción contenida en la pérdida de dominio es de naturaleza civil o penal?

1.3.2 Problemas Específicos

- ¿Cuál es la naturaleza de la acción civil?
- ¿Cuál es la naturaleza de la acción penal?

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Objetivo General

- Determinar si la acción contenida en la pérdida de dominio es de naturaleza civil o penal.

1.4.2 Objetivos Específicos

- Analizar la naturaleza y estructura de la acción civil.
- Analizar la naturaleza de la acción penal.
- Establecer los efectivos aplicables a la acción de pérdida de dominio por su naturaleza.

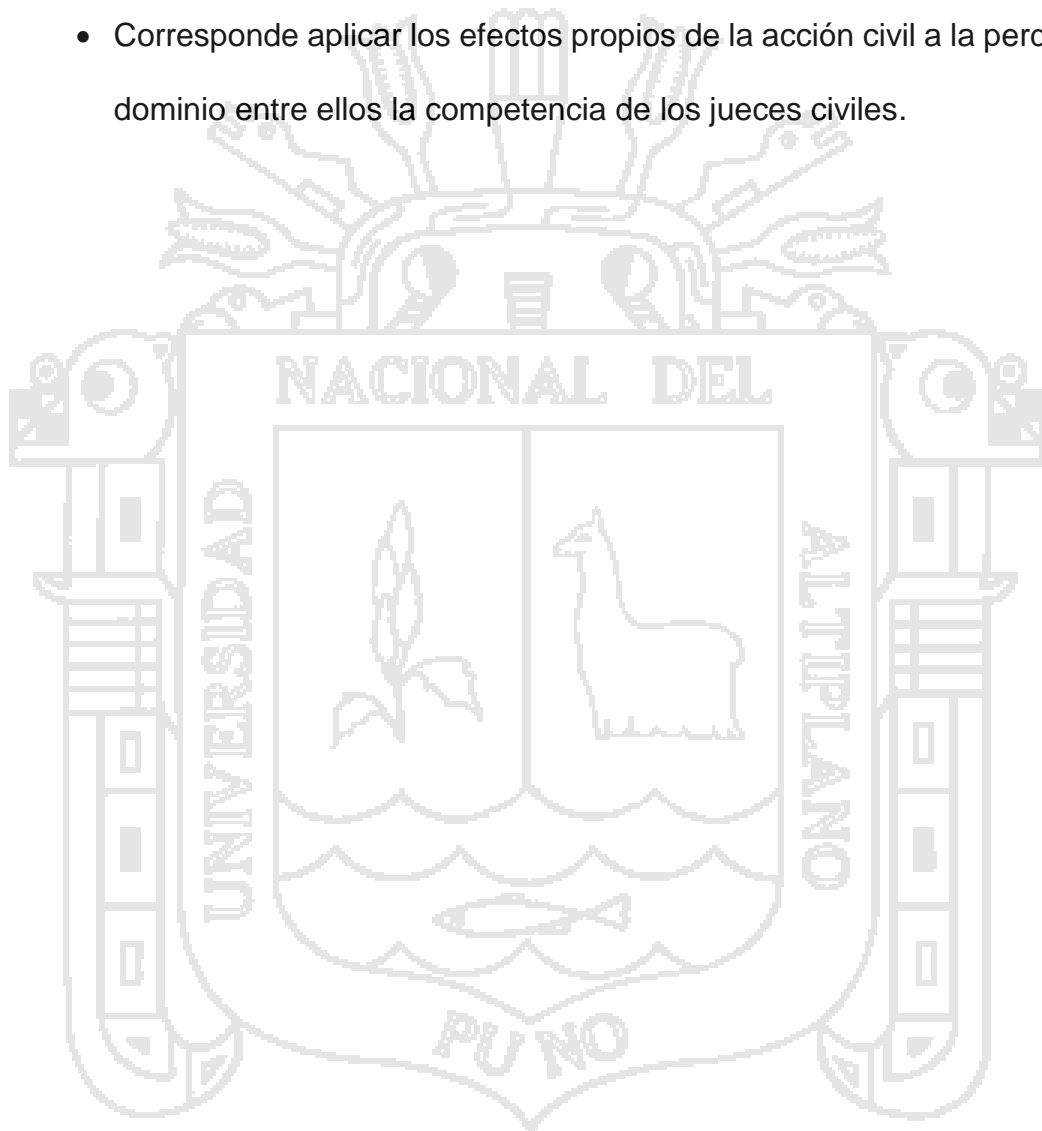
1.5 HIPÓTESIS

1.5.1 Hipótesis General

- La acción contenida en la pérdida de dominio es de naturaleza civil.

1.5.2 Hipótesis Específica

- La naturaleza de la acción civil comprende a las acciones reales
- La acción penal está destinada a la realización de bienes jurídicos protegidos determinados.
- Corresponde aplicar los efectos propios de la acción civil a la pérdida de dominio entre ellos la competencia de los jueces civiles.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES

Con referencia al tema de investigación no existe trabajo análogo o tesis realizada, por cuanto se ha hecho las investigaciones respectivas en diversas bibliotecas de la región, así como en las facultades de derecho.

2.2 ANTECEDENTES HISTORICOS

2.2.1 La Síntesis Creadora del Proceso Romano y del Proceso Germánico

Coutere (1978), el proceso en las regiones colonizadas por el Imperio, que reconocía como fuente al proceso romano con las variantes que sus costumbres e idiosincrasia le impusieron, es nuevamente removido desde sus cimientos con la aparición del proceso germánico. Como fruto de esta nueva y lenta influencia (dura casi dos siglos), que no fue sangrienta ni negativa como algunos textos las informan, se fue forjando en estos pueblos entre ellos los que después van a formar el reino de España un

nuevo tipo de derecho y de proceso. El producto de la interacción de dos culturas jurídicas, es un derecho distinto y considerablemente superior. Es cierto también que su desarrollo no es uniforme en los pueblos europeos, no se sigue un mismo patrón, el ordenamiento jurídico es distinto según el pueblo germánico de que se trate y el pueblo que reciba la influencia. En el caso de España, esta síntesis cultural produjo un derecho excepcional.

Coutere (1978), probablemente el producto más importante de esta simbiosis cultural es el Fuero juzgo o Libro de los jueces, conocido también en homenaje a su origen con el nombre de Codex Wisigothorum, Liberludicium, Codex legum o Libergothorum. Su contenido es, por mucho, más que la suma del derecho romano y del germánico; constituye la expresión cultural de la época y del pueblo que lo elaboró. Su altísima concepción del hombre y sus valores, lo convierte en un documento de extraordinaria riqueza espiritual. Apréciase una prescripción sobre su concepto de la igualdad y del castigo al que quiere obtener ventaja: "Todo hombre que tiene pleito y lo da a algún hombre poderoso para que por su ayuda de poderoso pueda vencer a su adversario, debe perder la cosa y el pleito, aunque lo demande con derecho. Y el juez, si aquel poderoso quisiera intervenir en el pleito, puede prohibirle que lo haga. Y si el poderoso no lo quiere dejar ni quiere salir del pleito, el juez le debe exigir dos libras de oro, una para sí y otra para la otra parte, y echar al poderoso fuera del juicio por fuerza".

2.2.2 El Problema de la Acción

Binder (1976), para enfocar el tema de la acción en su verdadera profundidad político-criminal es necesario todavía remontarse a algunos de aquellos debates. Hoy, después de más de doscientos años de cultura de la legalidad (es decir, del modelo normativo que se impone después de la Revolución Francesa y del predominio que adquiere el Parlamento como un centro de la formulación de las leyes y de estas como el instrumento racionalizador por excelencia de la vida política), nos parece bastante obvia la separación entre las fórmulas normativas en abstracto y la facultad que tienen los individuos de reclamar cuando sus derechos han sido violados invocando esas fórmulas normativas.

Binder (1976), sin embargo esta separación no siempre fue tan clara ni tan precisa en el desarrollo histórico de los sistemas normativos, y menos aún en el Derecho romano, para el cual la existencia de ese derecho y las facultades de protección eran una unidad. Además, éste ha sido y sigue siendo el concepto más natural y básico de "derecho", y el que todo ciudadano común sostiene y entiende. Durante mucho tiempo la idea de que un derecho está íntimamente ligado a la facultad de lograr una reparación del daño cuando ese derecho ha sido violado o de solicitar que alguna autoridad restablezca su ejercicio, se mantuvo sólidamente. Sin embargo esa relación fue motivo de discusiones y debates hasta bien entrado el siglo XIX, cuando se discuten las nuevas bases de la legislación moderna (y otras similares tales como el concepto de derecho subjetivo o el problema de la codificación) y se adoptan progresivamente los Códigos

de Napoleón como base de todo el modelo de legislación, estableciendo renovados fundamentos al sistema normativo y al pensamiento jurídico.

Estas discusiones no eran meramente teóricas: hoy mismo, si nosotros analizamos la realidad de nuestro país podremos observar que la situación es notoriamente similar. La discusión sobre la visión de los derechos formalmente reconocidos o proclamados y el punto de vista del ejercicio de esos derechos o la facultad de reclamar frente a su violación, sigue vigente y tiene cada día mayor actualidad. Notemos que no es lo mismo el status del ciudadano si analizamos sus derechos consagrados (hoy con abundancia y detalle), que si observamos la posibilidad que la mayoría de esos mismos ciudadanos tiene de solicitar que esos derechos se vuelvan efectivos, o de reclamar con posibilidades de éxito su reparación en los tribunales o por alguna autoridad. El problema de la acción en consecuencia es un problema central dentro de los sistemas normativos; no es, como se ha creído, un problema accesorio, ni es un problema netamente procesal. Sin duda es un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala qué tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. Es la llave maestra del status normativo del ciudadano.

Monroy (1996), la acción directa, sin embargo, es mucho más que el nombre de un grupo extraviado, es una etapa en la evolución histórica de la humanidad. Imaginemos una escena para explicarnos: en el Paleolítico inferior se produce una disputa entre dos hombres primitivos, originada en que uno le ha arrebatado la lanza-su instrumento de supervivencia- a otro.

Luego del despojo, el perjudicado busca recuperar la lanza a la fuerza; por tanto, la manera de solucionar el conflicto de intereses originado en la posesión de la lanza es la confrontación física directa entre los protagonistas, con la probable desaparición o inutilización de ambos contendientes.

Gonzales (1984), los hechos descritos -el asesinato de Moro y la pelea en el Paleolítico inferior-, prescindiendo de los miles de años que los separan, constituyen manifestaciones de una misma conducta: acción directa. Son actos en que el animal humano resuelve en forma inmediata, práctica e instantánea sus conflictos intersubjetivos, teniendo como instrumento exclusivo el uso de la fuerza. La acción directa es la prescindencia de todo método razonable para solucionar un conflicto de intereses.

a) Influencia en Latinoamérica y el Perú

Monroy (1996), la historia del proceso es un fresco de la historia de la humanidad. Ninguna sociedad puede separar su desarrollo cultural de la actividad procesal. Sea que las sociedades hayan propuesto, enriquecido o asumido alguna institución procesal, el análisis de este suceso constituye su reflejo. Su importancia es de tal magnitud, que hoy podemos decir que la forma como solvente una sociedad su servicio de justicia es el signo más evidente de su progreso o de su destrucción. Durante las primeras décadas de su vida republicana, la cultura procesal de esta parte del mundo, con excepción de Brasil cuyo desarrollo histórico es distinto, recibió la influencia de las dos leyes procesales españolas leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881, especialmente de esta última, y de sus raíces, con intensidades

variadas, por lo menos hasta la segunda mitad de este siglo. Lo expresado significa, en consecuencia, que la codificación latinoamericana ha recibido la influencia de la ideología liberal y la exacerbación del individualismo, emanadas ambas de la Revolución Francesa. En el caso concreto del Perú, esta influencia mantuvo su vigencia hasta julio de 1993.

b) La Polémica entre Bernard Windscheid y Teodor Muther en 1856

Monroy (1996), se suscitó una polémica que, apreciada en perspectiva, es trascendente en la historia del derecho procesal y específicamente en la historia del derecho de acción. Hasta antes del año citado, la tesis romana sobre el derecho de acción mantuvo considerable acogida. Así, se le confundía con a través de ella se pretendía hacer valer. En dicho año el pandectista Bernard Windscheid profesor de la Universidad de Greifswolden su obra *La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, ratificó la tesis clásica según la cual se identifica la *actio romana* con el derecho subjetivo material. Sin embargo, la confirmación de la tesis romana por parte de Windscheid fomentó la investigación sobre el tema y dio como resultado conclusiones preliminares que empezaron a poner en tela de juicio la teoría romana clásica de la acción. Teodor Muther profesor de la Universidad de Knigsberg- replicó la tesis de Windscheid: concibió el derecho de acción como uno absolutamente independiente del derecho subjetivo material, el que además está dirigido al Estado, a efectos de que este le conceda tutela jurídica a través de una sentencia favorable.

Monroy (1996), adviértase que la tesis de MUTHER seguidor de SAVIGNY considera que solo tiene acción aquella persona a quien le asiste la razón, con más precisión, tiene acción aquel que tiene un derecho subjetivo material, el que además ha sido violado. Esto es, en la tesis de MUTHER, el derecho de acción es concreto.

Monroy (1996), comentando la polémica, Castillo y De Pina, afirman: "Windscheid sostenía la identidad de la actio romana con el derecho subjetivo. Muther, por su parte, llega a construir el derecho de acción como independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia del derecho subjetivo mismo (derecho concreto de acción); quien tiene un derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable, esto es, el derecho de acción, independiente del derecho subjetivo, pero condicionado a la existencia de este. Muther consideraba, pues, a la acción como un derecho subjetivo público, que corresponde a quien le asiste la razón para que el Estado le conceda tutela jurídica, mediante sentencia favorable, ejecución, etc.

Castillo y De Pina (1958), este derecho público subjetivo tiene por presupuesto un derecho privado y su violación. El derecho de obrar es diferente del derecho privado lesionado

c) Las Teorías de Kohler y Degenkolb

Sobre el derecho de acción. En la concepción de Kohler sobre el derecho de acción, se destacan su elemento subjetivo y el abstracto. Kohler

considera que la acción es un elemento intrínseco a la personalidad humana, que permite pedir tutela jurídica

Fairén (1955), quien acoge en parte la tesis de Kohler, comenta sobre la tesis de este lo siguiente: "(...) la acción no es una emanación de pretensión precedente, pues sobre si es o no fundada se ha de resolver en la sentencia. Tampoco es la expresión de un derecho público general de accionar; es, sobre todo, emanación de los derechos de la personalidad, pero solo en la misma medida en que lo son los demás actos jurídicos; el accionar es un derecho individual, como lo es el andar, comerciar, etc."

Monroy (1996), un elemento destacable de la tesis de KOHLER, como se advierte, es que rechaza la identificación que se venía haciendo entre el derecho subjetivo material que se discute y el derecho de acción. Por lo tanto, es desde KOHLER que se a los estudios procesales, la tesis de que se tiene derecho de acción aun cuando no se tenga derecho material

Monroy (1996), tal vez se puede colocar en el pasivo de la tesis de KOHLER que al destacar el rasgo abstracto del derecho de acción lo exagera al punto de considerar equivalente el ejercicio del derecho de acción negocio jurídico procesal en tanto manifestación de voluntad querida por el titular con un hecho material cualquiera, como caminar, por ejemplo. Finalmente, extiende tanto la abstracción del concepto que, cuando dice que la acción es una expresión de la personalidad, lo reduce a una simple facultad o manifestación del espíritu humano

d) Chiovenda y el Derecho de Acción

Monroy (1996), sin desconocer la trascendencia del pensamiento de los doctrinarios alemanes cuyas ideas han sido desarrolladas, no queda duda de que la ciencia procesal civil reconoce como su creador a Giuseppe Chiovenda. Refiriéndose a él y a su protagonismo en el pensamiento jurídico, Sentís Melendo expresa: Si las ciencias jurídicas tienen sus momentos estelares, como tal ha de considerarse el señalado con la fecha del 3 de febrero de 1903. En la histórica ciudad de Bolonia un, joven profesor se levanta a leer la prolucción al curso de derecho procesal civil. El título es sencillo: L 'azione nel sistema de i diritti. Nada hace suponer que se va a producir una revolución en la ciencia del derecho; con ese mismo título, o con otro análogo, se han dicho o se dirán en lo sucesivo montañas ingentes de cosas anodinas. Pero en aquella aula, encerrada en las palabras del discurso potente y contenido, se hace público el manifiesto de la 'nueva escuela' (dice Carnelutti) o de la Primera Escuela (me atrevería a decir yo) del derecho procesal.

Sentís (1957), El tradicional concepto de acción, que lleva caminando dieciocho siglos por la historia del derecho, ha terminado su recorrido; desde hace cincuenta años se vienen poniendo obstáculos a su marcha; se le está considera funcionamiento no corresponde a las exigencias del momento; como objeto al que, sin negar formidable valor histórico, hay que buscar sustituto. Pero solo en aquel día invernal se establece con absoluta claridad que la acción ya no es el derecho material. La dirección exegética y las teorías particulares ceden el paso a la teoría general del proceso de

cognición y por encima de todo ello, el procedimiento muere, y nace el proceso, y con él nace el derecho procesal

2.3 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.3.1 Los Derechos Fundamentales como Derechos Protegidos por la Constitución en un Estado de Derecho Primacía de los Derechos Fundamentales

Bobbio (1982), Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados y reconocidos por las constituciones de cada Estado de derecho. Un estado de derecho que se respete ser tal ha introducido a su sociedad todos aquellos derechos humanos surgidos a lo largo de los mismos.

Carpio (2004), la doctrina los ha clasificado a los derechos humanos de acuerdo al tiempo surgido en: 1) Derecho de primera generación, 2) Derechos de segunda generación y 3) Derecho de tercera generación. Los primeros son los llamados derechos individuales y que surgieron con mayor fuerza a partir de la revolución francesa; sin embargo éstos son inherentes al hombre y nace con el hombre por lo que su vigencia es desde siempre. Los segundos surgieron en la época de la revolución industrial en Inglaterra y son los llamados derechos sociales y económicos. Y los terceros de data reciente son los conocidos como derechos colectivos de los pueblos.

Castillo (2004), existen en el ámbito internacional un sinnúmero de declaraciones y resoluciones de naciones unidas que propugnan estos derechos algunos incluso para los doctrinarios se han vuelto de carácter

ius cogens para el derecho internacional es decir de cumplimiento obligatorio, imperativo e inderogables, Entonces las diversas constituciones han introducido necesariamente estos derechos fundamentales; y si bien es cierto que en algunos específicamente no se mencionan por ejemplo “el derecho de autodeterminación de los pueblos” como derechos de tercera generación; el carácter del ius cogens que le da la doctrina internacional hace que sean introducidos de por sí sin la necesidad de un tratado internacional para lo cual el estado de derecho necesite obligarse.

Se trata de explicar la raíz y en todas las dimensiones posibles el origen histórico, el fundamento, la estructura y la función en la sociedad, en el Poder político y en el Derecho de la idea de derechos fundamentales. Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el Derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en qué consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad. Se deben abarcar ambas características para alcanzar la comprensión de los derechos fundamentales. Utilizamos el término derechos fundamentales que parece más integrador, que evita las visiones parciales tanto en la metodología, como en los contenidos.

Marcenaro (2008), los derechos sociales han surgido en los últimos años de nuestra vida jurídica a fin de buscar mitigar las espantosas carencias y

desigualdades, por ello su trascendental importancia dentro del concepto de derechos humanos y derechos fundamentales.

Marcenaro (2008), en consecuencia, es indispensable que la comunidad internacional busque la forma de reducir y eventualmente eliminar esta situación de extrema pobreza y total desamparo en el que "vive" (si así podemos calificarlo) gran parte de la humanidad.

Marcenaro (2008), en las concepciones liberales se pensaba que el ser humano era capaz de satisfacer por sí mismo sus necesidades y que solamente debía ser protegido de los ataques externos y por ello el sistema de derechos estaba integrado de manera exclusiva por obligaciones de abstención. La concepción era que todos los individuos somos igualmente libres y somos autosuficientes por lo que sólo debemos preocuparnos por ponerle límites al Estado y a terceros a fin de que no transgredan nuestra libertad. En la medida en que todos los individuos somos capaces, y autosuficientes intervenimos de manera igualitaria en las decisiones políticas. El objetivo era preservar ciertos derechos que se consideraban innatos, inalienables y universales y cuyo titular era el hombre abstracto, racional e independiente. Estos hombres independientes e iguales celebraban un contrato social que les permitía crear instituciones que protegieran su derecho a la propiedad y le permitieran desarrollar sus intereses particulares.

Marcenaro (2008), en esta visión no importaba la condición social de los que intervenían, ni cuáles eran los bienes que se intercambiaban. Para garantizar que estas libertades no fueran vulneradas se estableció la figura

de la supremacía constitucional que estaba por encima del Estado, instituciones y los particulares, en la medida en que provenía de un Congreso Constituyente o soberano al que todos deben someterse, incluyendo las mayorías

2.3.2 Debido Proceso

Santos (2009), dice que es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales.

Zambrano, (2009), en su “Manual de Práctica Procesal Penal” que cuando nos referimos al debido proceso entendemos por tal, a aquel en que se respeten las garantías y derechos fundamentales, previstos en la Constitución, en las leyes que rigen el ordenamiento legal del país, y en los pactos, tratados y convenios que han sido ratificados y que en consecuencia forman parte de la normativa interna del país y que son de forzoso e incuestionable cumplimiento.

Zambrano, (2009), El debido Proceso penal por su especificidad tiene que ver con el respeto a las garantías y derechos fundamentales, que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una imputación delictiva o que es sometido a un proceso penal. La legalidad del debido proceso penal es un imperativo propio de la vigencia de un Estado de Derecho en el que deben

hacerse efectivos los principios rectores del proceso penal, que en definitiva constituyen y dan contenido a la garantía del debido proceso; esos principios rectores son la columna vertebral de un sistema procesal penal determinado.

Nosotros consideramos que este derecho humano sustancial del debido proceso está elevado a rango constitucional y representa la garantía normativa para la efectiva realización de la justicia y en afán de propiciar una autentica seguridad jurídica con miras a establecer el equilibrio de las fuerzas vitales de los integrantes de una sociedad determinada constituida en Estado.

2.3.3 Principio Aplicable a Cualquier Órgano que Desempeñe

Funciones Jurisdiccionales

Las garantías del debido proceso establecidas en el art. 8 de la Convención American de los Derechos Humanos, son aplicables a todos los fueros y no se circunscriben a la materia penal, en particular, aquella de la que estamos tratando.

Feuillade (2008), sobre los poderes del Estado a los que esta obligación concierne se ha dicho: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa,

legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.

En el Caso Yatama Vs. Nicaragua, ante hechos que trataban sobre situaciones resueltas por el Tribunal Electoral del mencionado país, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha reafirmado que: “Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos, como ocurrió en el presente caso”.

2.3.4 El Objeto de Estudio de la Teoría del Proceso

Monroy (1996), como ya se expresó, no existe diferencia entre los conceptos Teoría del proceso y derecho procesal, siempre que se considere a este último como expresión de ciencia jurídica y no como un determinado ordenamiento procesal. En este contexto, podemos adelantar que la Teoría del proceso es el conjunto de conocimientos destinados a la

comprensión de la disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado, encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución.

Monroy (1996), empleando categorías desarrolladas preferentemente por ALCALÁ ZAMORA y CARNELUTTI, podemos decir que los conflictos de intereses se resuelven de tres maneras: por acción directa de las partes o autodefensa, por autocomposición, cuando los mismos interesados resuelven su conflicto, y por heterocomposición, cuando se sirven de un "tercero" ajeno al conflicto. Desde hace mucho, la doctrina suele afirmar que dentro del derecho procesal hay tres categorías cuya trascendencia es determinante para precisar y orientar sus estudios: proceso, jurisdicción y acción. La tendencia más común es reconocer al proceso como el objeto de estudio por excelencia de la teoría que lleva su nombre. La elección se debe a que se trata de un concepto continente, es decir que dentro de este es donde se relacionan, aplican y expresan todos los fenómenos procesales.

2.3.5 Proceso Judicial

Monroy (1996), en nuestra opinión, el proceso judicial es el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por

fines privados y públicos. Intentemos una explicación de lo expresado, no sin antes dejar establecido que asumimos el término proceso judicial.

2.3.6 El Hecho, el Acto y el Negocio Jurídico

El hecho jurídico tiene como origen la conducta humana, realizada y dirigida conscientemente a producir efectos jurídicos, estamos ante la presencia del acto jurídico.

Messineo (1979), se entiende por acto jurídico un acto humano, realizado consciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general, capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado; y tal resultado se toma en consideración por el derecho.

Monroy (1996), resulta importante destacar que el acto jurídico se individualiza respecto de su género el hecho jurídico en la voluntad del agente de realizado. Sin embargo, debe advertirse que la voluntad interviene en el acto jurídico de manera muy particular, así, solo alcanza a la realización del acto pero no a su contenido.

Bigliuzzi (1995), en el acto jurídico en sentido estricto sería necesario, como también suficiente, que se quiera ejecutar el comportamiento como tal. Sería relevante la mera voluntariedad del acto y no el fin jurídico, el propósito para el cual se le ejecuta.

Monroy (1996), Cuando el acto jurídico que como es obvio es una especie del hecho jurídico consiste en la exteriorización de una manifestación de voluntad destinada a producir el efecto querido por el agente que lo

expresa, estamos definiendo al negocio jurídico. Adviértase que en la hipótesis del negocio jurídico, el agente no solo ha querido el acto, sino también y fundamentalmente el efecto. Es tal el rasgo autónomo del negocio jurídico, que se le concede al agente la facultad de introducir nuevas relaciones a aquellas que podrían estar previstas en la norma jurídica. El negocio jurídico expresa una interactividad, es decir, una dinámica social, tal vez en correspondencia con su origen etimológico (nec: no y otium: ocio). Este efecto jurídico puede consistir en la creación, modificación, regulación o extinción de una relación o de una situación jurídica

Stolfi (1959), el negocio jurídico es la manifestación de voluntad de una o más partes con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o su extinción.

2.3.7 Juez Competente

Feuillade (2008), las palabras de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos sobre el tema, así: “Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

Caso Apitz Barbera y otro de esta forma ha dicho el Alto Tribunal que: “Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales

debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso, o ad hoc”.

a. Requisitos para delimitar competencia: Para que se respete el derecho al juez natural, no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia. En particular y sobre los fueros militares

b. Corte IDH ha dicho que debe haber suma claridad y detalle en la circunscripción de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos.

2.3.8 Jurisdicción Penal Militar

Feuillade (2008), la jurisdicción penal militar o castrense no es de por sí violatoria del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, aunque como se verá más adelante se ha declarado que es un fuero especial que tiende a desaparecer, por los problemas que usualmente acarrea. El Sistema Interamericano lo restringe exclusivamente a personas que posean el rango de militares en actividad.

2.3.9 Realidad y Proceso

Morello (1970), cuando las normas jurídicas no son cumplidas espontáneamente, se produce en el ámbito concreto un conflicto de interés.

Gonzales (1993), los ordenamientos procesales más avanzados del mundo propugnan la revalorización del conflicto como centro de la preocupación

del litigante, máximo destinatario del sistema judicial. Que el conflicto es el núcleo de la preocupación del litigante, es la idea-eje de la estructura jurisdiccional del Estado dentro de un régimen político liberal democrático. El concepto de controversia es la contingencia procedimental consistente en la probabilidad de que aquel (se refiere al conflicto) sea discutido; es decir la eventualidad de que el sujeto pasivo de la pretensión discuta contradiga o controvierta la existencia misma del conflicto afirmado por su contraparte.

Monroy (1996), con lo dicho podemos afirmar que el contacto básico entre la realidad y el proceso es el conflicto: este casi es una razón de ser, Sin embargo es factible aun cuando parezca contradictorio con lo expresado que pueda haber proceso sin necesidad de que haya conflicto. Esta situación puede presentarse cuando alguien ejerce su derecho de accionar un proceso inventando un conflicto – promoviendo un litigio que en la realidad no existe.

2.3.10 Teorías de la Acción

En el balotario desarrollado para el concurso de selección y nombramiento de jueces y fiscales; respecto a las Teorías de la Acción se han desarrollado las siguientes teorías

i. Teoría clásica de la doctrina civilista de la acción:

Angeludis (2005), la noción de acción es sinónimo de un conjunto de ritos sagrados y procedimientos ineludibles; y es durante el denominado Procedimiento Formulario del Derecho Romano, que el derecho de

acción pasa a ser el propio derecho material que se exige y deduce dentro del juicio.

Monroy (1996), más adelante, en la etapa del Procedimiento Extraordinario (que se reproducen en la época del emperador Justiniano), encontramos a la siguiente definición de acción: "(...) el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe".

ii. Teorías modernas o de la autonomía de la acción:

a) La polémica Windscheid - Muther. Para Muther la acción es un derecho "subjetivo" "público", en la medida que va dirigido al Estado para que éste le conceda tutela jurídica. Angeludis (2005).

b) La posición de Osear Von Bulow (1868): Este destacado autor profundiza los estudios de la naturaleza "pública" del derecho de acción, a la vez que su carácter autónomo, en la medida que sostiene que el derecho de acción no relaciona a las partes de la relación jurídica sustantiva, sino al demandante con el Estado. Por lo demás, es el primer en concebir al derecho de acción como uno abstracto pues afirma que "antes de iniciarse un proceso no hay acción: este sólo existe cuando se interpone la demanda". Angeludis (2005).

c) Teorías de Kohier y Degenkolb: Kohier reafirma la característica "subjetiva" y "abstracta" del derecho de acción. Degenkolb, por su parte, es el primer procesalista que definió al derecho como uno subjetivo y público a la vez. Angeludis (2005).

d) Teoría de Adolfo Wach: A criterio de muchos, Adolfo Wach marca el punto de no retorno en la doctrina sobre la teoría autónoma del derecho de acción, otorgando en definitiva el punto de partida de la ciencia procesal como una "autónoma". Angeludis (2005).

e) Teoría de Giuseppe Chiovenda (1977): La tesis del procesalista italiano es un momento estelar en la evolución del derecho de acción y, con ello, marca con absoluta claridad que la acción no es un derecho material. Para Chiovenda el derecho de acción es potestativo y está dirigido contra el adversario. Este carácter potestativo que le atribuye, tiene su correspondencia frente al adversario, sin que éste, además, pueda hacer algo para evitarlo. Esta concepción de Chiovenda, de los derechos potestativos, descarta el carácter público de la acción y acentúa la condición de obtener sentencia favorable, con lo que le otorga a la acción un carácter concreto (sólo puede usar el derecho de acción quien tiene la razón y el derecho), característica que ya había sido descartada por los procesalistas alemanes arriba mencionados. De otro lado, para Chiovenda el derecho de acción es renunciable o incluso puede ser transferido, posición que no puede ser compartida, Así pues, señala que la acción es un poder frente al adversario, más que contra el adversario. Con dicha distinción este autor expresa la idea de que la acción no supone obligación alguna. Angeludis (2005).

f) Teoría de Calamandrei (1966): quien a pesar de estar en un inicio a favor de la concepción concreta del derecho de acción, en una etapa posterior renuncia a ella y se pronuncia en definitiva por la concepción

"abstracta" de éste, tesis que de este momento en adelante será, sin discusión, la predominante, En esta línea Calamandrei afirma que el derecho de acción es, simplemente, el derecho a pedir justicia y, sobre todo, considera que es común a todos,

iii. Concepto contemporáneo del derecho de acción:

a) La teoría de Carnelutti: Este autor italiano reafirma de modo definitivo el carácter "autónomo", "abstracto" y "público" del derecho de acción, características que, en su conjunto, tendrán aceptación pacífica en la doctrina del Derecho Procesal, Esta es la concepción contemporánea, con algunos matices adicionales, del derecho de acción. Sin embargo, este autor sostiene que este derecho, si bien público, es dirigido por el demandante contra el Juez y no contra el Estado. Esta concepción esta hoy por hoy superada, entendiéndose que se trata de un derecho dirigido contra el Estado, quien está obligado a brindar tutela jurídica, como una manifestación del deber de éste a garantizar el derecho a una Tutela Jurisdiccional efectiva. Cabe señalar, que la posición de este autor y de Schonke, es que la acción puede impetrarse por una persona que en realidad puede no ser titular del derecho subjetivo material, puede tener el derecho de acción sin que aquél le corresponda. Por lo tanto, el Juez o Magistrado, no puede, no debe eximirse de estudiar la demanda y por consiguiente debe pronunciarse, por medio de una providencia, ya sea aceptándola o declarándola infundada, porque si así no procede faltaría al deber de su cargo. Angeludis (2005).

b) Teoría de Couture: Coutere (1958), el gran mérito de este destacado autor uruguayo es enseñar que el derecho de acción es una sub especie del derecho genérico de petición, inherente a todo individuo por el mero hecho de serlo, y por ello mismo presente en todas las Constituciones del mundo. Para este autor, cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano Jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible del derecho a la prestación de la jurisdicción o al derecho a una Tutela Jurisdiccional efectiva. Así, el derecho de acción es colocado dentro de los derechos cívicos fundamentales que viene a impostarse en la parte dogmática de las constituciones contemporáneas.

c) Posiciones de Fairén (1995) y Alsina (2002), realzan el carácter constitucional del derecho de acción y lo entienden como una especie del derecho de petición, Para Alsina, el Estado es el sujeto pasivo de la acción.

2.3.11 Derecho de Acción

Rioja (2014), noción preliminar, acción, pretensión y demanda: hemos visto que por virtud de una evolución, el estado expropia la facultad sancionatoria monopolizándola. Es él quien realiza la función de resolver los conflictos de intereses (jurisdicción) y por medio del proceso. Más, para que el Estado proceda, es necesario que el individuo lo pida. El proceso funciona a iniciativa de parte, según los principios romanos “enmo iudex sine actore” y “ne procedat iure ex officio”. Esto es muy claro en el proceso civil (no

penal); pero aun en el penal, sin perjuicio de la instrucción, la acción penal se ejerce a pedido de parte (el ministerio público).

Rioja (2014), justamente ese poder de reclamar la tutela jurisdiccional se denomina acción. Consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia.

Rioja (2014), es decir, que consiste en reclamar un derecho ante el órgano jurisdiccional y obtener, como resultado, el proceso, que debe terminar con una sentencia. O sea, que la finalidad es tener acceso a la jurisdicción, es el famoso derecho de acceso al tribunal, a ser escuchado, a que se tramite un proceso para dilucidar la cuestión planteada.

2.3.12 Naturaleza Jurídica de la Acción

Rioja (2014), la acción distingue diferentes teorías de acuerdo al énfasis analizado por cada autor, estas son las siguientes:

Teorías de la Acción:

1. La acción como un elemento del derecho sustancial o un elemento del mismo derecho en su ejercicio. Echandia (1999).
2. La acción como autónoma y diferente al derecho que le dio vida jurídica; esta liga la acción a la lesión del derecho personal, además mira la reacción ante la violación de un derecho.

3. Siguiendo la teoría de la acción, como independiente del derecho que le dio vida, Savigny dice: - la acción es un derecho nuevo que nace de la violación del derecho material subjetivo generador de una obligación. Echandia (1999).
4. Muther, por ejemplo desarrolla un concepto de acción, en donde esta es un derecho subjetivo público, que el estado otorga al dar tutela jurídica mediante una sentencia favorable emitida por autoridad pertinente, que tiene como presupuesto el derecho privado y su violación. Cabrera (1994).
5. Por último las teorías concretas de la acción, que desarrolla un presupuesto similar al de Muther, al darle el sentido a la acción, como autónoma frente al derecho material, pero concretándose en una sentencia favorable al demandante. Esta teoría presenta dos desarrollos por parte de la escuela alemana y la escuela. Azula (2008).

2.3.13 Escuela Alemana e Italiana

Rioja (2014), representada por el señor Windscheid, Muter y Wach.

Windscheid, concibió la acción como el derecho mismo y la potestad de reaccionar contra su violación, con miras al demandado y pidiendo una sentencia favorable, dice que todo lo que le hace daño a un derecho genera una pretensión por parte del afectado, este proponiéndose resarcir su derecho o satisfacción de una obligación. La persona perjudicada puede lograr la satisfacción del daño producido (pretensión de la persona)

acudiendo en casos difíciles al órgano jurisdiccional, convirtiéndose esto en una acción.

MUTER, ve a “la acción como u derecho subjetivo público”; derecho del cual se obtiene una tutela jurídica y que se dirige de una parte contra el estado y otra contra el demandado.

WACH, “la acción como un derecho autónomo contra el estado y frente al demandad”; en cuanto el estado debe otorgar tutela al derecho invocado y el demandante debe asumir las pretensiones por medio de la sentencia.

Rioja (2014), estas teorías hacen ver al estado, como protector de los derechos de las personas, por medio del derecho público, pero también hace dar cuenta que es derecho privado e individual; que además prevalece como obligación del estado, al tutelarlos de manera jurídica conforme a la ley.

2.3.14 Escuela Italiana

Azula (2008), principal representante giuseppe chiovenda, quien expuso la teoría de la acción como derecho potestativo; el autor distingue entre derecho subjetivo y objetivo, considerando al primero la manifestación de la voluntad colectiva encaminada a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos.

Rioja (2014), por lo que este es un derecho en donde un sujeto tiene un poder jurídico para tomar decisiones frente a otro sujeto de manera subjetiva, pero objetiva al ser otorgado por el estado mediante el derecho correspondiente.

la teoría abstracta de la acción, que la ve como independiente y autónoma dirigida a obtener una sentencia sea favorable o no; por lo que toda persona tiene el derecho a la acción sin considerar si es el titular de este.

2.3.15 Clasificación de las Acciones

Rioja (2014), existen diferentes puntos de vista y de estos podemos distinguir:

Según el Proceso:

La acción de conocimiento, persigue la declaración de certeza del derecho, estas a su vez se dividen en acciones de condena, constitutivas y declarativas; las primeras son las que generan una obligación de dar o hacer, la segunda declara el derecho y crea o modifica una situación jurídica, la tercera, persigue una sentencia con una declaración a causa de una relación jurídica. Vescovi (2006).

La acción de ejecución, es la potestad de ejecutar actuaciones jurídicas emanadas por la ley.

La acción precautorias, es una forma del proceso son balances que realiza el juez para adoptar medidas respecto al juicio y la situación jurídica originada.

Según el derecho que tienden a Proteger:

Reales; se originan de derechos reales, el dominio, el usufructo, el uso, la habitación, prenda, hipoteca, anticresis.

Personales; es de carácter patrimonial pero no originada de derechos reales.

Del estado; son las que defienden derechos personalísimos.

Mixtas; que comprende las dos acciones las personales y las reales.

Conforme a la finalidad perseguida por ellas:

civiles y las penales, que se configuran de su área correspondiente.

en conclusión los criterios de clasificación de las acciones pueden ser muchos puesto que es muy relativo y abstracto.

2.3.16 Acción, Pretensión y Demanda

Los conceptos de acción, pretensión y demanda se confunden a menudo y es necesario distinguirlos. Dice Guasp (1998), que el de pretensión se ha visto oscurecido por los otros dos.

La acción, según el dictamen más generalizado, es un poder jurídico de reclamar la prestación de la función jurisdiccional. O es un derecho subjetivo procesal y, por consiguiente, autónomo, instrumental. En consecuencia, se dirige al juez (como órgano del estado) para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento (sentencia). Rioja (2014).

Rioja (2014), la pretensión es declaración de voluntad hecha ante el juez y frente al adversario. Es un acto por el cual se busca que el juez reconozca algo, con respecto a una cierta relación jurídica. En realidad estamos frente a la afirmación de un derecho y a la reclamación de la tutela jurídica para

el mismo. Se trata de la reclamación frente a otros sujetos de un determinado bien de la vida. La pretensión viene a ser como el contenido de la acción. Aquella no se dirige al Estado (o al juez) sino a un sujeto de derecho. Si el sujeto (activo) del derecho no tuviera ninguna pretensión que deducir, seguramente no ejercería el derecho de acción (por más abstracto que este sea), pues nada tendría que pedir.

Concedido por el Estado el poder de acudir a los tribunales (acción), el particular puede reclamar de otros sujetos cualquier bien de la vida (pretensión) promoviendo el proceso mediante la demanda. Es decir, que la acción se ejerce ante los órganos jurisdiccionales con el fin de obtener el pronunciamiento sobre una pretensión, la que se deduce en juicio por medio de la demanda.

Guasp (1988), como un fundamental aporte a la ciencia procesal, ha colocado a la pretensión como el objeto del proceso.

Rioja (2014), la demanda es, entonces, un acto de iniciación del proceso. Es un acto del procedimiento que, normalmente, da conocimiento al proceso. En él se ejerce el poder de acción y se deduce la pretensión.

Rioja (2014), es la petición que el actor dirige al juez para que produzca el proceso, y a través de él, satisfaga su pretensión. Es también un acto jurídico procesal, no un derecho. Es también algo que hace alguien, dando comienzo al procedimiento.

2.3.17 Teoría General del Proceso

La acción distingue diferentes teorías de acuerdo al énfasis analizado por cada autor, estas son las siguientes:

Teorías de la acción:

1. La acción como un elemento del derecho sustancial o un elemento del mismo derecho en su ejercicio. Echandia, (1999).
2. La acción como autónoma y diferente al derecho que le dio vida jurídica; esta liga la acción a la lesión del derecho personal, además mira la reacción ante la violación de un derecho.
3. Siguiendo la teoría de la acción, como independiente del derecho que le dio vida, Savigni dice: la acción es un derecho nuevo que nace de la violación del derecho material subjetivo generador de una obligación. Echandia, (1999).
4. Muther, por ejemplo, desarrolla un concepto de acción, en donde esta es un derecho subjetivo público, que el estado otorga al dar tutela jurídica mediante una sentencia favorable emitida por autoridad pertinente, que tiene como presupuesto el derecho privado y su violación. Cabrera, (1994).
5. Por último las teorías concretas de la acción, que desarrolla un presupuesto similar al de Muther, al darle el sentido a la acción, como autónoma frente al derecho material, pero concretándose en una sentencia favorable al demandante. Esta teoría presenta dos

desarrollos por parte de la escuela alemana y la escuela italiana. Azula, (2008).

2.3.18 La Acción Procesal

Illanes (2010), la acción se origina en los aforismos del derecho romano: *nemo iudex sine actore* (no puede existir un proceso si no hay actor) y *nemo procedat iudex iure ex officio* (no puede existir un proceso de oficio). Es la evolución máxima del derecho romano. En la actualidad la acción tiene su fundamento en la iniciativa (que es de carácter personal) y en el poder de reclamar (que es de carácter abstracto). En términos generales: iniciativa + el poder de reclamar = acción.

Illanes (2010), por lo tanto decimos que la acción procesal es un poder abstracto que da paso a un derecho completo para reclamar ante un tribunal. Todos los habitantes de una sociedad organizada tienen esa potestad de acudir ante el órgano jurisdiccional para que se concrete la seguridad jurídica frente a un derecho. Consecuentemente la jurisdicción, la acción y el proceso forman el triángulo de la teoría del derecho procesal.

Illanes (2010), la acción es poder de reclamar la intervención de la justicia frente a la vulneración de un derecho en particular. La pretensión es la concreción de esa potestad. La demanda es el instrumento material que plasma el poder abstracto (la acción) y el derecho concreto (la pretensión).

La demanda es la presentación escrita de esos dos aspectos ante órgano jurisdiccional. La jurisdicción y la acción no pueden “caminar” por si solos, sino que tiene que haber otra institución que permita el desenvolvimiento

de ambos, nos referimos al proceso. Este es el instrumento que permite concretar, en términos generales, la marcha de la jurisdicción y de la acción. Esta es la importancia del proceso.

2.3.19 El Proceso Civil

Coutere (1978), explica que el proceso civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil. De ésta definición podemos extraer como el mismo autor nos explica, que los elementos que la conforman, para determinar su naturaleza, el desenvolvimiento y fijar su función, son ¿qué es el proceso?, ¿cómo es el proceso? y ¿para qué sirve el proceso? El proceso civil, deviene así, en el conjunto de actos procesales, preclusivos, que se suceden ordenadamente, realizados por los sujetos procesales, destinados a resolver un conflicto de intereses intersubjetivos o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica con la finalidad de lograr la armonía entre las partes, es decir, en otras palabras, la pacífica convivencia de las personas.

Fairén (2006), hay una serie de campos en que, afectado el interés general por un conflicto que aparentemente concierne solamente a dos sujetos, exige su resolución por medio del "proceso" como mecanismo de resolver los conflictos que atañan a tal interés (es el caso clásico de las infracciones penales: no cabe someterlas a un arbitraje o a una amigable composición con excepción de los llamados "delitos privados", como, por ejemplo, la injuria y calumnia en determinados casos). El proceso, deviene así, el único medio pacífico e imparcial de resolver tales conflictos intersubjetivos; esto

es, según terminología moderna, cuando hay normas de derecho público obligatorias, que han sido vulneradas (aparentemente) y el ius cogens nos impide liquidar el conflicto por medio de la autocomposición (la auto tutela o autodefensa queda excluida en bien de todos), y por "mediación", "transacción" o "arbitraje", etcétera, precisa el acudir a la "jurisdicción", a sus órganos prefijados por la ley (al "juez legal o natural"). Es la sociedad la que impone la solución.

De Pina (1984), define al proceso como el conjunto de actos regulados por ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente.

Tal definición no la da Rafael de Pina; y abundando al respecto, nos dice que la palabra proceso es sinónimo a la de juicio.

Para el DICCIONARIO DEL PODER JUDICIAL; EL Proceso Civil: Son los diversos actos procesales sucesivos unidos por la relación de causalidad que se realizan en cada instancia civil, las cuales concatenados buscan la preclusión procesal para culminar el proceso con una sentencia. / Conjunto unitario de actos que conducen a la aplicación de la ley a un hecho materia de controversia o incertidumbre jurídica en el ámbito civil. Conjunto dialéctico de actos procesales realizados por los elementos activos de la relación procesal que buscan acabar con el conflicto jurídico. Comprende la etapa postulatoria; la etapa probatoria, la etapa decisoria, y la etapa impugnatoria.

Águila (2012) el proceso civil es concebido modernamente como el conjunto de actos regulados por las normas respectivas y ordenadas sucesivamente en función a los principios y reglas que sustancian su finalidad. Es el método para llegar a la meta. Es un medio (método) pacífico y dialéctico de solución de conflictos formado por actos de una serie lógica y consecucional (afirmación, negación, confirmación, alegación) conectadas entre sí por la autoridad judicial con la finalidad de obtener una decisión; la sentencia (la meta).

Echandia (1999), señala que el proceso “es el conjunto de actos coordinados que se realizan ante un funcionario jurisdiccional para obtener la aplicación de la Ley en un caso concreto o la declaración o defensa de determinados derechos”; El proceso nace con la iniciativa del demandante, se delimita con la contestación del demandado, y culmina con la sentencia del Juez.

2.3.20 Acción Civil y Acción Penal

La acción civil es el poder ejercido a través de la demanda que expresa una determinada pretensión ante los organismos jurisdiccionales del Estado con el fin de reclamar un derecho o protección, restitución de derechos. Sus características son: Emerge de una de las partes; no obligatorio, se puede transar; retractable, por ser las partes dueñas del proceso; particular, porque atañe a intereses privados; disponibles, las partes pueden disponer del proceso aún estando esta en base a normas jurídicas de carácter público. Illanes (2010).

La Acción Penal es la actuación del ministerio público en los delitos de acción pública para pedir a juez penal una sanción acerca de la noticia criminal. Leone (1963), "la acción penal es el poder de pedir la decisión de declaración de certeza de la noticia criminal o de la represión de un delito".

Sus caracteres son: Público, porque le interesa a la sociedad; es oficiosa.

Un organismo especializado (Ministerio Público) tiene que hacer conocer a través de la querrela la pretensión de la sociedad en abstracto. En materia penal es este organismo quien implementa la acción; obligatoria, el Ministerio Público no puede transar ni negociar un hecho criminal, aunque modernamente, con la finalidad de democratizar el derecho penal, se ha introducido el Principio de Oportunidad. Este principio faculta al ministerio público a negociación el acusado bajo ciertas condiciones: aceptación de culpabilidad, rebaja de la pena, etc. Es figura del derecho anglosajón que también incluye el Código Procesal Penal; irrevocable. Una vez promovida debe llegar a su fin: la sentencia. • La acción penal es irrevocable; la acción penal es indisponible; la acción penal es indivisible; es única. Aunque en los sistemas mixtos existe la acción popular, que faculta al ofendido, especialmente en delitos de menor gravedad, para que puedan accionar ellos el proceso, es decir sustraen para sí la acción; Público. Está regida por normas jurídicas de carácter público, tanto subjetiva como objetiva. Illanes (2010).

2.3.21 Ejercicio de la Acción Penal

La acción penal es ejercida, en los delitos públicos, a través denuncia formalizada o de la disposición de formalización y continuación de la

investigación preparatoria, por parte del Ministerio Público. En los delitos de acción privada, se ejerce a través de la querrela interpuesta por el agraviado.

A diferencia del proceso civil, el ejercicio de la acción en el proceso penal no pretende una resolución sobre el fondo del asunto, ni mucho menos una resolución de contenido concreto; sino que, ante la existencia de determinados indicios racionales de criminalidad, se configura un ius ut procedatur, es decir, un derecho de acceso al proceso que se satisface con la práctica de aquellas diligencias encaminadas a la averiguación del hecho y a la identificación del sujeto activo del delito.

En el proceso penal, la acción no puede concebirse como un derecho a que se dicte una sentencia condenatoria o una pena determinada ni como un derecho a que se realice todo el proceso y a que se dicte en él una sentencia de fondo; pues, el derecho de acción puede darse por satisfecho, si solo se expide una resolución motivada que deniegue la incoación del procedimiento preliminar o instrucción por considerar, por ejemplo, que el hecho afirmado no es constitutivo de delito.

La acción penal no solo se manifiesta con el inicio de la investigación judicial, sino que estará presente a lo largo de todo el proceso, en sus distintas etapas, pudiendo alcanzar hasta tres momentos.

Momento Persecutorio, conformado por las actuaciones del órgano encargado de ejercer la acción penal.

Momento Acusatorio, es el perfeccionamiento del ejercicio de la acción que se manifiesta con la acusación.

Momento Punitivo, el cual constituye la culminación del conjunto de actos procesales que ha generado el ejercicio de la acción penal.

2.3.22 La Acción en el Derecho Procesal Penal

Definiciones de varios autores

Duran (1992). Establece que es muy difícil trasladar el concepto de la acción, del proceso civil al proceso penal, porque el proceso civil se desarrolla alrededor de una acción, real o hipotética, de derechos y obligaciones recíprocos entre autor y demandado, mientras que en el proceso penal no tiene sentido hablar de derechos y obligaciones recíprocos entre dos partes. El Código Penal no regula relaciones personales entre dos o más sujetos, sino que contiene mandamientos y prohibiciones sancionados con una pena en caso de incumplimiento. Ni siquiera puede decirse que exista una relación penal entre el autor y la víctima del delito; lo que hay es una relación entre el Estado y el imputado. No hay una relación privada entre dos, sino una relación pública entre toda la sociedad de un lado, y el inculpaado del otro lado. Cuando se pone en movimiento la jurisdicción penal no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino un pronunciamiento judicial de culpabilidad o inocencia.

Manzini (1951), todo delito da siempre lugar, por lo menos virtualmente a la pretensión punitiva que se hace valer por la acción penal.

Ossorio (1993), opina que la Acción Penal es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de la acción reputa constitutivo de delitos.

En cambio Massari expresa que "en sentido amplio, la acción puede definirse como el *poder jurídico* de activar el proceso a fin de obtener sobre la *res deducía* un pronunciamiento jurisdiccional.

Soler (1970), la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho".

2.3.23 La Acción Procesal

Coutere (1958), dice que la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión: Este derecho ha sido confundido históricamente con otros poderes jurídicos y facultades a los que se confiere el mismo nombre. Pero la doctrina, asegura Couture, luego de una tarea que lleva casi un siglo, ha logrado aislarlo y determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

2.3.24 La Acción Penal

La Acción, conducta voluntaria, que consiste en un movimiento de su organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo vulnerando una norma prohibitiva (Teoría de la causalidad).

La conducta activa debe ser voluntaria. Si es involuntaria, por ejemplo en el Caso Fortuito la acción se excluye del campo delictivo.

La conducta activa debe exteriorizarse en el mundo material, si ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción, también, se excluye del campo delictivo

La posibilidad de cambio se da en los Delitos Frustrados y en la Tentativa. En estos delitos no es imprescindible que se produzca el cambio, en tal virtud quedan sujetos a sanción delictiva.

Debe ser realizada por el ser humano, con lo que se excluye a los animales y los fenómenos naturales.

La conducta debe estar dominada por la voluntad. Lo que excluye la conducta mecánica como ocurre en los supuestos de fuerza irresistible (condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente) acto reflejo (reacción automática y simple a un estímulo) o actos realizados en plena inconciencia (sueño, sonambulismo, hipnotismo). En estos supuestos no existe conducta, por tanto no hay delito.

La acción penal es aquella que se origina a partir de la comisión de un delito, por lo que supone un castigo para aquella persona que ha violado la norma y con ello ha puesto en peligro los bienes reconocidos como valiosos en el ámbito público de una sociedad.

La naturaleza jurídica de la acción radica en el orden normativo existente en el cual se establecen las penas por la comisión de delitos, tienen la

característica de ser infringir una sanción con base en el concepto de justicia y además de reparar o restituir el daño en torno al hecho delictivo. La acción penal depende de las características que permiten cumplir el objetivo de imparcialidad y la actividad punitiva para completar la razón de la sentencia.

Chiovenda (1977), la acción es el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

2.3.25 Características de la Acción Penal

- **Carácter público de la acción penal:** primeramente cabe señalar que la acción siempre es pública debido a que se dirige a poner en conocimiento del Estado, por el Ministerio Público, el cometido de un ilícito.
- **Carácter único de la acción penal:** esto significa que solo hay una acción penal para todos los delitos. No hay una acción especial, sino que envuelve en su conjunto a todos ellos.
- **Carácter indivisible de la acción penal:** es indivisible porque su ejercicio recae en contra de todos los participantes del hecho delictuoso (autores o partícipes). No se puede perseguir solo a uno o algunos de los responsables; esto obedece a un principio de utilidad práctica y social.
- **Carácter intrascendente de la acción penal.**

Consideramos que este carácter intrascendente del que habla la doctrina, no es la acción, sino de la sanción, pues el ejercicio de la acción penal

únicamente se limita a afectar a la persona responsable por el delito y nunc a sus familiares o terceros.

- Carácter Irrevocable de la acción penal

Este consiste en que, una vez, iniciado el ejercicio de la acción penal, poniendo en conocimiento al órgano jurisdiccional, no se tiene más que un fin: la sentencia. El ministerio Público no puede disponer de ella, ni desistir, como si fuera un derecho propio.

- Carácter necesario, inevitable y obligatorio de la acción penal.

Para que el órgano jurisdiccional pueda iniciar el proceso, es requisito indispensable que el Ministerio Público deba, necesaria, inevitable y obligatoriamente, ejercitar la acción cuando estén reunidos los requisitos o exigencias legales para su ejercicio.

- Carácter inmutable de la acción penal

Este principio consiste en que, una vez constituida la relación procesal, la voluntad dispositiva de las partes se sustente al desenvolvimiento del proceso. No existe pues posibilidad legal de paralizar su marcha, y el principio actúa aun e los casos en que pudiera aparecer reconocida la disposición de las partes, como en la institución de la querrela en la que opera el perdón del ofendido.

2.3.26 Naturaleza Jurídica

El Ministerio Publico, ejerciendo el monopolio de la potestad persecutora y en cumplimiento de un deber constitucional (Art. 159.5), tiene el poder de

poner en marcha la actividad jurisdiccional del estado, a fin de obtener una resolución motivada en un caso determinado; debido a ello, la acción penal es considerada como la potestad jurídica de instar la actividad jurisdiccional.

Este concepto de acción penal está vinculado con la naturaleza pública y obligatoria de la persecución de los delitos. ello hace que la acción penal, en la gran mayoría de casos, tenga también un carácter imperativo.

Cierto es que existen delitos cuya persecución queda a decisión de la persona agraviada por el hecho delictivo. sin embargo, estos casos se consideran como excepcionales, pues la mayor parte de delitos previstos en el código penal son perseguibles de oficio por parte del ministerio publico. ello le otorga a la acción penal un carácter imperativo u obligatorio, cuando la ley así lo prevea.

2.3.27 Tipos de la Acción Penal

Existen dos tipos de acción penal, la pública y la privada. la primera hace referencia a lo que concierne al ministerio público, sin perjuicio de la participación de la víctima y la segunda le corresponde a la víctima específicamente. además, un tipo de acción que recibe la clasificación de acción pública penal a instancia privada que existe cuando el ejercicio de la acción pública depende estrictamente de una instancia privada, en tal situación el ministerio público debe presentar una instancia para poder representar dicha acción.

Los hechos que pueden perseguirse por la acción privada son las violaciones de la propiedad, la injuria o infamación que afecte a un individuo o la violación de la propiedad industrial. por su parte, la instancia privada puede perseguir las vías de hecho, los golpes y heridas que dejen lesiones, las amenazas, los robos sin armas y sin violencia, las estafas y las falsificación de escrituras o documentos, entre otros. en este caso, la acción nace cuando la víctima presenta una denuncia y, a partir de ese momento, se comienza con la persecución de los imputados cuando el hecho punible ha sido llevado a cabo contra un incapaz o un menor por parte de alguno de sus padres o tutores, que serían teóricamente sus representantes, por evidentes razones es el ministerio público el que ejerce la acción. existen casos en los que la acción penal puede extinguirse, como cuando fallece el imputado o la víctima (siempre y cuando sus herederos no continúen con la acción), se ofrece la amnistía, se abandona la acusación, se vence el plazo de la suspensión condicional del procedimiento penal o prescripción o desistimiento de la instancia privada (si es que de ella depende la acción pública).

Es importante señalar también que la acción civil puede ejercerse de forma simultánea con la penal, siempre y cuando se respeten las normas pautadas en el código procesal penal. a veces se les trata de forma conjunta y otras, por separado en los tribunales civiles; en este último caso se paraliza el ejercicio hasta que se dicta un veredicto.

2.3.28 Elementos de la Acción Penal

La conducta corporal externa; como elemento de la acción que es la manifestación de la voluntad que se traduce en un movimiento, en una conducta corporal externa, o en una actuación del agente. el impulso volitivo debe causar la conducta corporal externa. sólo si es así, interviene el ordenamiento jurídico penal. el impulso volitivo es un suceso psicológico interno por el cual el agente se coloca así mismo como causa de realización de un resultado que se ha representado. a este elemento de la acción también se le conoce con los nombres: voluntad de acción, acto de voluntad o voluntad de causación.

Si hay pluralidad de acciones o conductas repercuten en el concurso de delitos, un sujeto, mediante una sola o varias acciones, comete varias vulneraciones de presupuestos jurídicos penales por los cuales son juzgados en un solo y mismo proceso penal

Para que sea acción basta que sea conducida por la voluntad. no interesa su contenido (teoría de la causalidad, al contrario para la teoría finalista de la acción, sí interesa el contenido de la voluntad). incluso existe éste impulso volitivo en las acciones de corto circuito en el que el sujeto no puede tener en juego sus frenos inhibitorios.

Basta un mínimo psíquico para admitir que la conducta externa está comprendida en el concepto: acción.

Si alguien voluntariamente ha matado a un ser humano, existe acción. no interesa aquí si fue realizado por negligencia o imprudencia (contenido de la voluntad). este contenido se ve, se analiza en la culpabilidad.

El resultado, el resultado como elemento de la acción que solo se da, que solo si existe en los delitos materiales. el resultado es el efecto externo de la acción que el derecho penal califica para reprimirlo y el ordenamiento jurídico tipifica para sancionarlo que consiste en la modificación verificable introducida por la conducta en el mundo exterior (por ejemplo robo, incendio) o en el peligro de que dicha alteración se produzca (por ejemplo abandono de niños). es un efecto de modificación verificable del mundo exterior trascendente en el ámbito penal.

2.3.29 Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal

Roxin (2000), dice que "el derecho penal material, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el código penal, establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho". y continua el eminente tratadista indicando que para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana pacífica, es preciso que ellas no permanezcan sólo en el papel, en caso de que se cometa un delito. para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley.

2.3.30 Procesal Penal

Para Mixan (2005), el proceso penal es el modo legalmente regulado de realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el derecho penal material. estos actos se suceden entre el momento en que se pide la actuación de la ley sustancial y el momento en que esa actuación se verifica, esto es, entre la noticia del delito (la promoción de la acción) y la sentencia. por ello es que esos actos sucesivos marchan sin retorno, proceden hacia el momento final.

Para De la Oliva Et Alt. (1993), el proceso penal es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el derecho no puede ser instantáneo, si no que a él se llega a través de una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo a lo largo del tiempo.

Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el artículo 139.10 DE LA Constitución, que es la concreción del principio *lullun poena* (y, antes, *nullun crimen*) *sine previa lege penale et sine previo proceso penale*; el proceso penal es pues necesario, a través de él los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen las funciones atribuidas constitucionalmente.

Para Binder (1976), el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, es el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia

de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción, y en el caso que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última.

Para Roxin (2002), el proceso penal es un “proceder”, es decir un procedimiento regulado en la Ley. El proceso penal como ya se ha apuntado invocando a Roxin; tiene como objeto la decisión sobre la punibilidad del inculpado, pero no cualquier decisión, sino aquella: a) materialmente correcta; b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal; y, c) creadora de la paz jurídica.

2.3.31 Diferencia entre Acción Civil y Acción Penal

Primeramente, debemos señalar que aun cuando se hable de acción penal y acción civil, la acción siempre será pública. Sin embargo, para efectos distintos, la doctrina dice que cuando se presenta la comisión de un hecho ilícito, se derivan dos acciones: una, puede generar peligro para los bienes o intereses jurídicos colectivos de la sociedad, y la otra, puede dañar o lesionar bienes o interés jurídicos particulares.

En el primer aspecto el daño causado es público y se manifiesta la exigencia de la acción penal; en cuanto al segundo. Ya que produce un daño privado y lesiona los intereses particulares, surge entonces la necesidad de la reparación y, por lo mismo, de la acción civil.

Devis (1972), Según el concepto que puede llamarse clásico la diferencia consistía en la naturaleza pública o privada del interés protegido por la norma penal o civil y como diferencia sustancial entre las dos jurisdicciones:

la acción civil persigue la realización de los múltiples derechos otorgados a particulares o entidades públicas y privadas, por el derecho objetivo, la penal realiza el derecho subjetivo que tiene el Estado de imponer penas y medidas de seguridad en la lucha contra el crimen y garantiza la libertad, lo cual sí constituye la diferencia verdadera.

Al parecer, las diferencias entre la acción civil y la acción penal son las siguientes:

a.- La acción civil se constituye a cargo de la persona lesionada, ya sea física o moral; el daño causado es moral y material y puede operar el desestimiento, la transacción, arbitraje, convenios extrajudiciales y la renuncia.

b.- La acción penal se encomienda a un órgano del Estado y su objeto es el de legitimidad al órgano jurisdiccional para que tenga conocimiento de un hecho presuntamente delictuoso, con el fin de que una vez ventiladas las pretensiones de las partes en el proceso penal, absuelva o condene al inculpado a sufrir una pena o una medida de seguridad.

2.3.32 Artículo 8 – De la Competencia

Conocerá el presente proceso en primera instancia el Juez Especializado en lo Penal o Mixto del lugar donde se encuentren ubicados los bienes incurso en alguna de las causales a que se refiere el artículo 2º, distinto del Juez que conoce del proceso penal al que se refiere dicho artículo.

Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez del distrito que cuente con el mayor número de Juzgados

Especializados en lo Penal. Si con posterioridad al inicio del proceso se toma conocimiento de la existencia de otros bienes vinculados al objeto de éste, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoció la primera demanda. La Sala Penal o Mixta, del mismo distrito judicial en el que se tramitó el proceso de pérdida de dominio, es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones no susceptibles de impugnación conforme a la presente norma.

2.3.33 La Ley 30077: Ley Especial Contra el Crimen Organizado

El contar hoy con una Ley Especial Contra la Criminalidad Organizada es una constante en toda estrategia nacional contra la presencia activa de estructuras criminales. Basta con revisar el actual panorama legislativo sobre la materia en nuestra región, para advertir tal característica y desarrollo normativo de la política criminal contemporánea para la prevención y control de la delincuencia {organizada en Latinoamérica. Nuevamente, pues, el que se haya promulgado mediante Ley 30077 una Ley Contra el Crimen Organizado para el Perú, no hace la excepción sino parte de la regla.

No cabe duda que la influencia de la convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (2000), ha sido determinante para la elaboración de esta clase de estatutos especializados.

Esta Ley establece una serie de reglas y procedimientos eficaces para la detección, investigación y sanción de los integrantes o cualquier persona vinculada a organizaciones criminales. Se trata de una norma diseñada por el Poder Ejecutivo para luchar contra las bandas organizadas y facilitar la labor coordinada de los operadores del sistema de justicia, como la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial.

Ley N° 30077, en adelante, tiene por objeto fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales. Previamente claro está, tendría que entenderse, qué es una organización criminal. En ese sentido la norma en su artículo 1° señala lo siguiente:

“Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de esa ley.

2.3.34 Objetivo de la Ley 30077

El objeto de la ley remitiéndonos al artículo 01° de la norma, materia de análisis, es fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

Citando a Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, o simplemente MONTESQUIEU, quien en su magnum opus, «De l'esprit des lois» (El Espíritu de las Leyes - 1748), señala que la ley trasciende a su mera elaboración al disponer de un «espíritu propio» (que deriva de la relación con su origen, con el objeto del legislador, con el orden de cosas sobre las que legisla con los caracteres físicos del país, etc.). En ese sentido, una norma carecería de espíritu propio (para nuestro caso: Ley N° 30077 «Ley contra el Crimen Organizado»), si es que constantemente repite lo citado por otra norma.

La Ley N° 30077, fue creada por una necesidad, es decir, existía una laguna del Derecho, que no es lo mismo que vacío.

Rubio (2013), la laguna del Derecho es considerada como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico. Mientras que el vacío del Derecho es un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho, rigiéndose en consecuencia por los principios hermenéuticos aplicables.

2.3.35 Naturaleza de la Acción de Perdida de Dominio

Espitia (1998), la acción de pérdida de extinción de dominio (o propiedad) es la acción real, patrimonial y autónoma, establecida para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o "patrimonio" criminal; esto es de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, así como de los demás bienes que pueden ser materia

de decomiso. Es real, porque se dirige contra los bienes, activos o derechos independientes de quien los posea o detente (no se dirige las personas). Es patrimonial, porque está dirigida contra los bienes o activos que supuestamente integran el patrimonio del agente del delito, y porque a través de esta acción se declaran los derechos patrimoniales del Estado sobre los bienes o activos de materia de la acción. Y, es autónoma porque es independiente de cualquier acción civil resarcitoria o de otra índole contra los aparentes titulares de los bienes o activos afectados.

Espitia (1998), en realidad, esta acción se sustenta en la propia pretensión de decomiso, solo que opera cuando dicha acción no puede ejercitarse en el proceso penal porque este no se puede iniciar (por extinción de la acción penal); no puede continuar (por ausencia o contumacia del imputado); cuando los instrumentos, efectos o ganancias seguidos contra el imputado o cuando ya ñno es posible ventilarla en el proceso por encontrarse este en sus postrimerías (próximo a concluir). Asimismo, cuando en la sentencia penal se determine que se han obtenido beneficios económicos con la comisión del delito y estos no han podido incautarse o decomisarse en el proceso penal porque el agente del delito los ha ocultado, los ha consumido o los ha transferido a terceros de modo definitivo, esto es cuando se tenga que realizar el decomiso por valor equivalente o de sustitución.

En tal sentido, su ejercicio no depende del inicio del proceso penal, por el contrario, se realiza fuera de este proceso. El proceso penal solo puede iniciarse con el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, solo una vez iniciado este recién se pueden interponer o insertar las demás pretensiones

que se originan con la comisión del delito incluida la pretensión de decomiso.

La acción de pérdida de dominio supera todo tipo de cuestionamiento de orden constitucional o de cualquier otra índole, descartándose cualquier argumento que sostenga que esta acción viola el artículo 70° de la Constitución o los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Estado.

Cáceres (2008), en el sentido de que la Ley de Pérdida de Dominio crea un nuevo supuesto de pérdida de propiedad o de la posesión, adicional a la exportación y la muerte o la enajenación; puesto que con el ejercicio de la pretensión de pérdida de dominio lo único que se busca es una resolución declarativa respecto a la titularidad del Estado, mas no una extinción de propiedad del demandado, ya que este derecho a su favor no ha nacido ni se ha consolidado. Salvo el caso de los instrumentos del delito, en los cuales si existe derecho de propiedad del agente de delito o de terceros, o el caso de decomiso por valor equivalente.

Murcia (2012), en cuanto sostiene que la pérdida de dominio "... es una consecuencia lógica de la adquisición de la propiedad obtenida en forma ilícita"; puesto que como lo hemos demostrado en este caso, simplemente el derecho de propiedad no ha nacido coincidimos si con el referido autor cuando señala que: "Con ello no se está desconociendo un derecho legalmente adquirido como titular de la propiedad, sino que se está desvirtuando un derecho aparente".

El artículo 70° de la Constitución Política del Estado Peruano estipula que: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. A nadie puede {8privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o de necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio".

De otro lado, el número 116 del artículo 2° de la Constitución, establece que: "Toda persona tiene derecho: (...). 16) A la propiedad y a la herencia". De este modo, queda claramente establecido que la propiedad constituye un derecho fundamental constitucionalmente protegido.

2.3.36 Procedencia de la Extinción de Dominio

En general se establece que la acción de extinción de dominio procederá en contra de bienes que:

1. Sean instrumento, objeto o producto del delito.
2. Hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito.
3. Estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo.
4. Estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos causales de extinción de dominio y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.

2.3.37 La Acción de Perdida de Dominio

Es sabido que la pena y demás consecuencias jurídico penales, como respuestas a la delincuencia, particularmente a la criminalidad organizada, no ha rendido los efectos preventivos que se esperaba (y se espera), tanto así que, actualmente en las áreas cuyo móvil es el ánimo de lucro, donde el deseo desmedido de obtener fácilmente grandes beneficios económicos orienta la actuación de los agentes del delito. La concreción de estos delitos ha permitido que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular, hayan logrado acumular grandes “patrimonios” criminales, cuyos efectos perniciosos ya se ha constatado (efecto multiplicador del delito - con sus corolarios de violencia y corrupción - y el lavado de activos). El hecho que estos “patrimonios” pertenezcan en poder de los delincuentes es el mayor incentivo a la criminalidad, cuyos agentes encuentran que la acción delictiva resulta una actividad eficaz y eficiente (desde la perspectiva del análisis económico del derecho); a la vez que dicha permisividad hecha por los suelos cualquier intento de lucha contra la delincuencia. Por ello, constituye una necesidad ineludible cambiar la perspectiva actual de la investigación y procesamiento de los delitos (orientada únicamente a imponer la pena, dejando de lado las consecuencias económicas de delito) y optar por un paradigma orientado a privar a los agentes del delito de todo el producto de su plan de política criminal eficaz. Pues, las respuestas del Estado frente al crimen no deben contentarse con mecanismos tradicionales o medidas de carácter meramente simbólico, sino que deben propiciar la implementación de

instrumentos eficientes que hagan realidad la finalidad preventiva de dichas respuestas políticas criminales.

2.3.38 Naturaleza Jurídica de la Acción

La acción de pérdida o extinción de dominio (o propiedad) es la acción real, patrimonial y autónoma, establecida para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o "patrimonio" criminal; esto es de los instrumentos efectos o ganancias del delito, así como de los demás bienes que pueden ser materia de decomiso. Es real, porque se dirige contra los bienes, activos o derechos independientemente de quien los posea o detente (no se dirige contra las personas). Es patrimonial, porque está dirigida contra los bienes o activos que supuestamente integran el patrimonio del agente del delito, y porque a través de esta acción se declaran los derechos patrimoniales del Estado sobre los bienes o activos materia de la acción. Y, es autónoma, porque es independiente de cualquier acción civil resarcitoria o de otra índole contra los aparentes titulares de los bienes o activos afectados.

En realidad, esta acción se sustenta en la propia pretensión de decomiso, Solo que opera cuando dicha acción no puede ejercitarse en el proceso penal porque este no se puede iniciar (por extinción de la acción penal); no puede continuar (por ausencia o contumacia del imputado); cuando los instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad a la conclusión del proceso penal seguido contra el imputado o cuando ya no es posible ventilarla en el proceso por encontrarse este en sus postrimerías (próximo a concluir). Asimismo, cuando en la sentencia penal se determine

que se han obtenido beneficios económicos con la comisión del delito y estos no han podido incautarse o decomisarse en el proceso penal porque el agente del delito los ha ocultado ¿los ha consumido o los ha transferido a terceros de modo definitivo, esto es, cuando se tenga que realizar el decomiso por valor equivalente o de sustitución.

2.3.39 Fundamentación de Acción

Jescheck y Weigend (2002), el fundamento de la “acción de pérdida de dominio”, tal como se ha indicado, es el mismo que sustenta el decomiso de los instrumentos, efectos o ganancias del delito, esto es del producto del delito o “patrimonio” criminal, que como ya se indicó, desde BECCARIA se asumía que debe de transmitirse al Estado, no existiendo ninguna razón para que permanezca en poder del agente del delito o de eventuales terceros. En tal sentido, el fundamento dependerá de si se trata de instrumentos del delito o del patrimonio criminal (efectos y ganancias). En el primer caso su fundamento es la peligrosidad de los instrumentos, es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en la comisión de otros delitos; en el segundo caso, su fundamento está en la necesidad de privar a los detentadores o agentes del delito de los bienes o derechos ilícitamente obtenidos.

Tomás y Delagos (2013), prácticamente opera de una medida “profiláctica” o de autoprotección del propio ordenamiento jurídico; puesto que sobre el patrimonio criminal, los agentes no pueden obtener derechos o facultades protegidas por el ordenamiento jurídico. De otro lado de tratarse de decomiso de valor equivalente o de sustitución, la afectación de los bienes

o activos funciona como una medida de compensación a favor del estado basada en el hecho de que el delito genero efectos o ganancias que debieron ser decomisados, pero no se concretó tal medida porque el agente del delito los oculto, consumió o transfirió de modo definitivo a terceros.

Finalmente tratándose de bienes de las organizaciones delictivas la acción también se fundamenta en la peligrosidad objetiva, puesto que tales organizaciones utilizan, precisamente, estos bienes para asegurar su propia subsistencia y el desarrollo de sus actividades delictivas.

2.3.40 Los Bienes Sujetos a la Acción de Pérdida de Dominio

Quedan sujetos a esta acción todos los bienes o activos que puedan ser materia de decomiso, esto es los que constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito; asimismo, también los bienes de las organizaciones criminales y ciertos bienes de la titularidad del agente en los supuestos de decomiso por valor equivalente.

La Convención de las Naciones Unidas define a los bienes o activos como el elemento normativo establecido en la legislación civil y comercial, comprendiéndose dentro de los mismos a los derechos y valores patrimoniales, que muchas veces resulta discutible su inclusión en el concepto de “bien” de la legislación civil.

La referencia a bienes alude a bienes muebles e inmuebles, tanto corporales como incorporales y abarca también a derechos y valores. Dicha noción de bienes coincide con el artículo de la Convención de Viena que prescribe por bienes debe entenderse”. Los activos de cualquier tipo,

corporales e incorporeales, muebles o raíces, tangibles y los instrumentos legales que acrediten la propiedad sobre dichos activos”.

Martinez (2011), no ingresan a la noción de bienes comprendidos dentro del alcance de la pérdida de dominio, aquellos objetos, materiales o inmateriales, que carecen de valoración económica o valor de cambio en el mercado. Quedan así descartadas las cosas que solo poseen un valor efectivo o sentimental. La razón que se esgrime para descartar del alcance del tipo a los objetos o derechos que carezcan de valor económico estriba en su misma idoneidad para ser incorporados al tráfico económico.

Caceres (2008), en suma serán objeto de la acción de pérdida de dominio los bienes inmuebles de cualquier clase así como los muebles, joyas, dinero, maquinarias, cualquier clase de vehículos, naves, aeronaves, depósitos bancarios, derechos sobre títulos valores, etc.; incluso serán considerados los frutos y productos de los mismos, siempre que no se afecte los derechos de los terceros de buena fe a título oneroso. También se incluirán dentro de los bienes a afectarse con esta acción, a los que formen la masa hereditaria de un extinto, siempre que constituyan efectos o ganancias del delito a los bienes sujetos a decomiso por valor equivalente, así como el “patrimonio” de las organizaciones criminales. Pero claro, la medida operara fundamentalmente sobre el llamado “patrimonio criminal”.

Como quiera que la acción se dirige contra los bienes o activos y no contra los agentes de los delitos, aun en los casos en que dichos agentes hubiesen fallecido, la acción sigue expedita, pudiéndose entablar contra los

sucesores o contra cualquier persona que pudiera detentarlos. En este sentido, el artículo 3º, párrafo c) del Decreto Legislativo 1104, prevé que se puede incoar la acción de pérdida de dominio en contra de los sucesores que estén en poder de los bienes sujetos a la acción.

2.3.41 Patrimonio de una Persona

En realidad, el patrimonio de una persona natural no difiere mucho del patrimonio de una empresa o persona jurídica, toda vez que el patrimonio son todos aquellos bienes y derechos propiedad de la persona natural. Así las cosas, todo bien o derecho del que la persona natural acredite su propiedad, su dominio jurídico, hace parte de su patrimonio. Es así como hace parte del patrimonio de la persona natural su vehículo, su casa, su finca, sus cuentas bancarias, sus inversiones en acciones o bonos, el dinero que haya entregado a terceros en calidad de préstamos, obras de arte, etc.

Igualmente forman parte del patrimonio de la persona natural todos los bienes muebles de los que pueda acreditar su propiedad como es el caso de electrodomésticos y demás enseres domésticos, aunque en la mayoría de los casos, estos son irrelevantes, no sólo por su poco valor sino por su pérdida de valor. Por ejemplo, no tendría mucho sentido consignar en la declaración de bienes o en el balance general destinado a un banco, la cama, el reloj o el televisor, su licuadora y mucho menos las prendas de vestir por muy costosas que sean. Este tipo de bienes aunque forman parte del patrimonio de la persona natural, por su poca representatividad y alta

desvalorización por el paso del tiempo, no se suelen incluir en la declaración de renta o en los estados financieros.

Es importante también considerar los bienes cuyo dominio jurídico es compartido con el cónyuge, puesto que en esos casos la persona natural sólo es propietario de una parte de dicho bien o derecho. Esto con respecto al patrimonio bruto de la persona natural, puesto que ese patrimonio bruto se debe depurar disminuyéndolo con las deudas u obligaciones a cargo de la persona natural, como son los créditos bancarios, tarjetas de crédito y demás deudas para llegar al patrimonio líquido.

Es importante aclarar que respecto a las deudas y pasivos, desde el punto de vista fiscal, sólo se pueden incluir aquellos debidamente soportados, de suerte que no se puede denunciar como pasivo la plata que le prestó la prima hace una semana, sin que medie un documento idóneo como soporte.

2.3.42 Legislación Comparada de Pérdida de Dominio Colombia

La extinción de dominio en este país se rige por la Ley 793 de 2002. Debe señalarse que este país destaca, porque la procedencia de la extinción de dominio, pareciera ser limitativa por dirigirse únicamente hacia tres actividades ilícitas: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro Público y deterioro de la moral social, sin embargo, de estas tres grandes actividades, las dos últimas se dirigen a una serie de conductas que amplían el espectro de supuestos bajo los cuales puede ejercerse la acción de extinción de

dominio; las actividades ilícitas a las que nos referimos de acuerdo con la Ley que regula dicha figura son:

El delito de enriquecimiento ilícito.

Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público y que correspondan a los delitos de:

Peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda;

Ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico;

Hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales;

Delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado;

Utilización indebida de información privilegiada; y

Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.

1. Las que impliquen **grave deterioro de la moral social**. En ese sentido la Ley señala que se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social las que atenten contra: La salud pública; El orden económico y social; Los recursos naturales y el medio, ambiente; La seguridad pública; La administración pública; El régimen constitucional y legal; El secuestro; El secuestro extorsivo; La extorsión; El proxenetismo; La trata de personas, y El tráfico de inmigrantes.

De esa forma, se observa que en comparación con México, expresamente la Ley colombiana es mucho más extensa en cuanto al catálogo de delitos de los que puede derivar la extinción de dominio lo mismo que se observará con Guatemala, Honduras y Perú, ya que en México se limita a cinco: secuestro, robo de vehículos, delincuencia organizada, trata de personas y delitos contra la salud, aún y cuando derivado del delito de delincuencia organizada se pueden desprender otros como los ya específicamente mencionados.

También destaca la **naturaleza** de la extinción de dominio la cual es eminentemente civil, al señalar la propia Ley que la acción de extinción de dominio de que trata es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos, estableciendo que dicha acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa, y de presentarse vacíos en la Ley sólo se aplicará de manera supletoria las reglas del Código de Procedimiento Civil.

Un punto que es relevante de esta Ley, es la **retribución** que se contempla otorgar al particular que denuncie de manera eficaz o que en forma efectiva contribuya a la obtención o aporte de evidencia para la declaratoria de extinción de dominio, de hasta el 5% de lo que el Estado obtenga por la liquidación y venta de tales bienes o del valor comercial de los mismos,

cuando el Estado los retuviere para cualquiera de sus órganos o dependencias.

2.3.43 La Pérdida de Dominio

La Ley de Perdida de Dominio consiste en declarar extinta los derechos y/o títulos de bienes vinculados a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, trata de personas, extorsión, secuestro y lavado de activos, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación alguna, mediante un proceso especial, independiente de la responsabilidad penal del procesado.

Castillo (2012), esta ley no viene siendo aplicada a pesar que la lucha contra el crimen, es una tarea de vital importancia en la actualidad, debido a que no ha sido comprendida idóneamente por los operadores jurídicos como Jueces, Fiscales y Procuradores, agregado a que en la doctrina penal y civil, no se ha profundizado en el tema, lo que ha originado que no sea utilizado como una herramienta principal para despojar del patrimonio originado por los ilícitos. No basta por lo tanto elevadas penas privativas de libertad, tal como algunos congresistas piden a diario, sino que debe tocarse donde más le afecta al delincuente, su patrimonio, ya que de lo contrario, los títulos y derechos adquiridos mediante el crimen, siempre serán un aliciente para seguir obrando en contra del ordenamiento jurídico

2.3.44 El Dominio o Propiedad

El decomiso significa la pérdida del aparente derecho de propiedad que pudiera detentar el agente del delito sobre los bienes decomisables, por los

cuales pasan a la titularidad del Estado.

Ello debe realizarse respetando todas las garantías correspondientes a la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona humana, ya que las distintas Constituciones Políticas de los diversos Estados, y la nuestra en particular, en el inciso 16 de su artículo 2º, asignan al derecho de propiedad esta calidad. Este derecho de propiedad debe adquirirse y ejercitarse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley, según lo establece el artículo 70º de la Constitución. Siendo así, e interpretado sistemáticamente este último párrafo, en concordancia con las normas de eficacia e ineficacia de los actos o negocios jurídicos y normas relativas a los derechos reales, es de concluirse que para el reconocimiento y protección por parte del ordenamiento jurídico, del derecho de propiedad que nace de los negocios jurídicos o de cualquier acto originario, los mismo deben gestarse, desarrollarse y ejercitarse, precisamente, en el marco de protección del Derecho; muy especialmente, se exige la causa lícita en los negocios jurídicos, para que estos accedan a la protección del ordenamiento jurídico; en general, la licitud de los actos, es requisito indispensable para que los derechos sean propiamente tales. Pues sería un contrasentido que el Derecho amparase, precisamente a las acciones y situaciones sugeridas de conductas contrarias al mismo; es decir, que amparase su propia negación.

2.3.45 Ganancias del Delito

Se considera ganancias a los efectos mediatos del delito; es decir los bienes, “derechos” u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o

económico) que el agente del delito hubiese obtenido a raíz de la comisión del delito, pero cuyo origen o génesis no está directa ni indirectamente vinculado a la acción delictiva, sino solo de modo mediato, esto es, las ganancias constituyen frutos o rentas de un efecto directo. Estas no son directamente producidas por la acción delictiva.

Son ganancias, el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como en el caso de las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas. En buena cuenta, las ganancias son frutos de los efectos directos del delito; estos frutos como se sabe pueden ser naturales, cuando provienen del bien sin intervención humana; industriales, cuando son producidos por el bien con intervención humana; o civiles, cuando el producto de una relación jurídica de disposición, intercambio, arrendamiento, etc. (art. 891° del Código Civil), o cuando el propio bien produce una renta específica, como en el caso de los intereses, cuando se trata de dinero.

Las ganancias pueden provenir de actos jurídicos lícitos realizados con los efectos del delito, al contrario de lo que sucede con los efectos o productos inmediatos de la actividad criminal, en los que su obtención siempre es ilícita pues los produce la propia acción delictiva; tales son los casos del dinero obtenido por la venta de la droga, de los beneficios obtenidos de la estafa o del dinero obtenido del sicario. En esta línea, en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1104 (Decreto Supremo N° 093-2012-PCM), se ha previsto que se entenderá por ganancias a los efectos mediatos del delito; esto es los bienes, derechos, títulos, objetos o cualquier provecho

patrimonial o económico obtenidos como producto indirecto de la actividad delictiva, incluidos los que provienen de actos lícitos realizados sobre los efectos del delito.



CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 MÉTODO

Método Cualitativo.- Es cualitativo por cuanto se ha analizado la doctrina sobre la composición de la acción civil y de la acción penal a fin de establecer a cuál de ellas pertenece la acción de pérdida de dominio, establecida legislativamente.

3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Desde el punto de vista de la NATURALEZA, es una investigación de CONTENIDO, no experimental, porque pertenece a la investigación cualitativa, prioritariamente al enfoque interpretativo, por eso se le denomina investigación de contenido, en el campo de la investigación jurídica,

La investigación jurídico-dogmática, requiere un proceso de búsqueda de información en fuentes escritas como libros, revistas especializadas, leyes, doctrinas, principios, etc. Es recomendable para las disciplinas que comprenden el área de ciencias sociales como la educación, sociología, derecho, antropología, psicología, administración y otros. En este caso, se ha realizado

una investigación interpretativa a través de un proceso de búsqueda de información respecto a la dificultad temática, en determinación de la acción de pérdida de dominio, como acción civil o como acción penal, en fuentes bibliográficas que permitan determinar las fuentes filosóficas y doctrinarias que inspiran el conocimiento de la definición de pérdida de dominio en su real naturaleza de acción procesal en uno de los dos campos antes indicados.

3.3 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de investigación se refiere al modelo o esquema bajo el cual se realizó la investigación (recojo de datos para resolver la dificultad temática). En el presente caso, tratándose de una investigación de contenido que pertenece a la investigación cualitativa, concretamente al enfoque interpretativo. El diseño de investigación se inscribe dentro del modelo de la investigación JURIDICO-DOGMANTICA. El modelo se expresa en el siguiente esquema:

ESQUEMA

F — T — P

Donde:

F: Constituyen las fuentes filosóficas

T: Es el tema o dificultad temática: Determinación de la acción de pérdida de dominio, como acción civil o penal.

P: Perspectiva de la figura legal de la pérdida de dominio.

3.4 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Por tratarse de una investigación de contenido, el objeto de investigación es la figura legal de la acción de la **perdida de dominio como acción civil o acción penal.**

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Por tratarse de una investigación de contenido, el objeto de investigación es la figura legal de la Naturaleza de la acción contenida en la perdida de dominio.

Primer Objetivo Específico:

Analizar la naturaleza y estructura de la acción civil. Como metodología se empleó el análisis y como instrumento la ficha de observación documental.

Segundo Objetivo Específico:

Analizar la naturaleza de la acción penal como metodología se empleó el analisis y como instrumento la ficha de observación documental.

Tercer Objetivo Específico:

Establecer los efectos aplicables a la acción de peñrdida de dominio por su naturaleza, como metodología se empleó el análisis y como instrumento la ficha de observación documental.

3.6 PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN

En cuanto al procedimiento para el recojo de datos se ha seguido el siguiente procedimiento:

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

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

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

3.7 PLAN DE RECOLECCION DE DATOS

El plan de procesamiento de datos, es el siguiente:

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

Segundo.- Se empezó con el análisis crítico e interpretación de la naturaleza de la acción contenida en la pérdida de dominio,

Tercero.- Seguidamente se procedió con el análisis, interpretación y contrastación de las fuentes filosóficas y doctrinarias, a partir de las categorías conceptuales identificadas en base a las fichas de investigación que se disponen, tomando en cuenta el sistema de objetivos que corresponden, así como los criterios determinados.

Las técnicas e instrumentos de investigación fueron las siguientes:

a.- Para el objetivo específico I: El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos

permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas, y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la ficha documental que nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre la acción civil.

b.- Para el Objetivo específico II: El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la ficha documental que nos ha permitido conocer a profundidad los planteamientos, teorías y postulados sobre la acción penal.

c.- Para el Objetivo específico III: El método que se ha utilizado para este objetivo, ha sido el método de la observación documental, por cuanto nos permitió registrar los datos recogidos a través de la observación, en función de los objetivos de la investigación para verificar la veracidad de las hipótesis planteadas, y referido a la técnica se ha utilizado la técnica de la exégesis, pues esta técnica nos permitió conocer a profundidad los planteamientos, disposiciones y reglas de la legislación para los efectos de la acción de pérdida de dominio conforme a su naturaleza

3.8 PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACION (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para recoger los datos son las siguientes:

Primero.- Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Además se dispuso de la Constitución política del Estado, Código Procesal Civil, Código Procesal Penal y leyes de la materia de perdida de dominio, todo ello para efectos de cumplir con el **Primer objetivo específico.**

Segundo.- Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas que son necesarias para recoger los datos requeridos. Además se dispuso de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal y leyes de la materia de la acción de perdida de dominio, todo ello para efectos de cumplir con el **Segundo objetivo específico.**

Tercero.- Se seleccionó las fuentes bibliográficas y hemerográficas para efectuar una debida comparación, pues se encontró la correlación interna y externa que existe entre el primer objetivo y segundo, para alcanzar el **objetivo específico III**

3.9 TÉCNICAS E INTERPRETACION DE DATOS

En las investigaciones de diseño cualitativo, la recolección y análisis concurren prácticamente en paralelo; siendo además que el análisis no es estándar, ya que cada estudio requiere de un esquema propio de análisis, por tratarse de estudios teóricos; sin embargo, hemos efectuado un proceso de análisis e interpretación de datos a efectos de estructurarlo y a su vez pueda servir de directriz para un fácil entendimiento del proceso de investigación.

Estructuración de datos

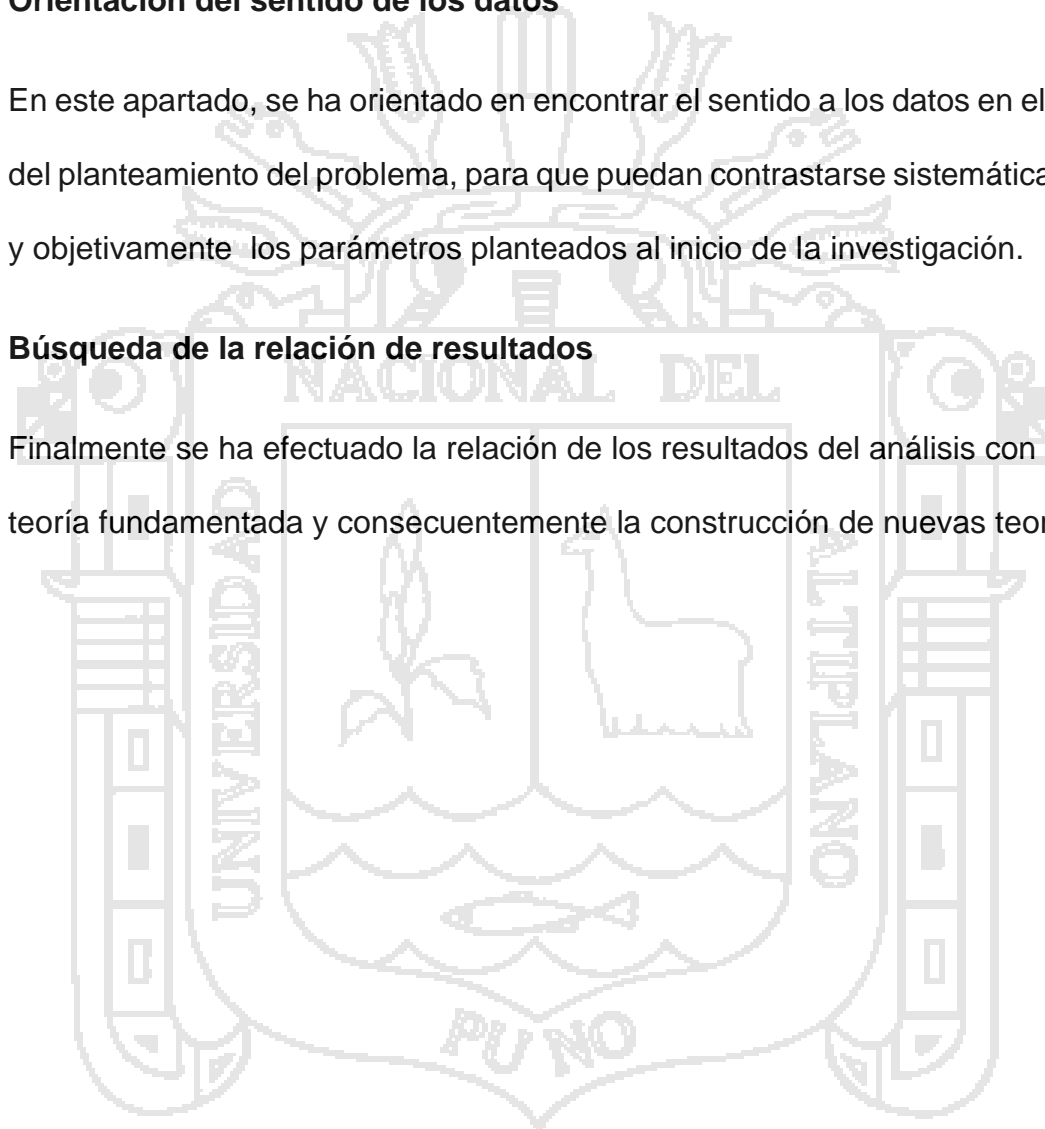
Se realizó una estructuración de datos, lo cual implica organizar las unidades, ejes, sub ejes, sus categorías y los patrones, a efecto de contar con una debida estructuración de datos

Orientación del sentido de los datos

En este apartado, se ha orientado en encontrar el sentido a los datos en el marco del planteamiento del problema, para que puedan contrastarse sistemáticamente y objetivamente los parámetros planteados al inicio de la investigación.

Búsqueda de la relación de resultados

Finalmente se ha efectuado la relación de los resultados del análisis con la teoría fundamentada y consecuentemente la construcción de nuevas teorías.



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 OBJETIVO ESPECÍFICO I: ANALIZAR LA NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN CIVIL

Bartoloni (1944), la acción es el derecho a la jurisdicción; por la primera se puede reclamar y cumplir la segunda. Se ejerce mediante la demanda y se integra con el derecho de defensa del demandado, de modo que el límite de la jurisdicción surge de la demanda y de la contestación. El ejercicio de la acción pone a las partes del juicio una frente a la otra y ambas frente al juez, todos con derechos y deberes generando una relación jurídica procesal entre ellos

Gozáimi (2005), la acción procesal es un derecho subjetivo autónomo (es decir, aislado del basamento que pueda encontrar en el derecho sustancial) que, ejercitado, otorga el derecho a la jurisdicción y permite afrontar el trámite de un proceso.

Montero, (1984), la acción es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas.

Alsina (2002), la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica.

Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el estado la fusión jurisdiccional. Acción y jurisdicción son por lo tanto conceptos que se corresponden, y llevándolos a un último análisis podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción. La pretensión que se deduce en la acción podrá o no prosperar, según que ella esté o no amparada por una norma substancial, pero en cualquier caso la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento.

En relación a la acción expresa que dos concepciones fundamentales se dividen el campo. Una de ellas tiende a considerar la acción como una cualidad, un reflejo, una proyección o una función del derecho material; la otra, la considera como una categoría jurídica netamente distinta. Estas teorías se dividen a su vez en varias concepciones, algunas más temperadas, otras más radicales. Nosotros creemos que la acción no es otra cosa que el derecho de provocar del Juez una resolución, con eficacia vinculativa, respecto a una determinada relación jurídica. Dada esta definición resulta completamente indiferente tanto la efectiva correspondencia entre la relación supuesta y la realidad jurídica (es decir, que quien ejercita la acción tenga o no razón), como la condición psicológica de la parte con relación a ella (esto es, que el litigante sea de buena o mala fe). Por esto, en el concepto de derecho de acción, hacemos entrar tanto la acción fundada como la infundada, y aun la temeraria, o sea, la promovida por un litigante a sabiendas de que no tiene razón.

La acción se estudió como una figura común a todas las ramas de enjuiciamiento, entendida como el derecho abstracto de obrar en juicio, cuya naturaleza corresponde al derecho constitucional de petición.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN, se conforma por, los sujetos, objeto y causa, los cuales son identificados como las acciones en las diferentes pretensiones; ahora entraremos a identificar cada uno de los elementos, Vesconi (2006).

- a) Los sujetos, constituyen un elemento subjetivo de la pretensión y son parte del proceso, sujetos de la relación jurídico material debatida dentro del proceso.
- b) Es el elemento de la pretensión lo que objeta el actor de la acción, lo que desea alcanzar con la sentencia, el cumplimiento de una obligación.
- c) La causa o fundamento jurídico de la pretensión, la razón lo que le da el sentido al proceso, la investigación de lo sucedido y porque es necesario para el actor y el demandado.

4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO II: ANALIZAR LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PENAL

Manzini (1951), indica que la Acción Penal se puede considerar desde dos aspectos: uno subjetivo y otro objetivo.

El aspecto subjetivo, es el poder, deber jurídico que compete al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivado de un hecho que la ley prevé como delito. Objetivamente la Acción Penal es el medio con que el órgano ejecutivo constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones

penales, determina la intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva.

Manzini (1951), dice "la acción penal tiene siempre por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, concreta e hipotéticamente realizable. El juez conociendo o desconociendo el fundamento de la legitimidad de la pretensión, pronuncia una decisión que agota completamente todo lo que a la razonabilidad de esa misma pretensión se refiere, cuando existan las condiciones de precedibilidad. En el derecho procesal penal no existen acciones penales de mera declaración de certeza".

La acción penal es aquella que se origina a partir de un delito y que supone la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido por la ley. De esta manera, la acción penal es el punto de partida del proceso judicial. Los orígenes de la acción penal se remontan a los tiempos en que el estado se hizo acreedor del monopolio del uso de la fuerza; al inaugurar la acción penal, ésta reemplazó a la venganza personal y a la autodefensa, al ser el estado quien asume la defensa y el resarcimiento de sus ciudadanos.

La acción penal, por lo tanto, supone un ejercicio de poder por parte del estado y un derecho a la tutela para los ciudadanos que sufren las consecuencias de un delito cometido contra su persona

En un sentido filosófico, la acción penal es una de las formas que tiene el estado para reestablecer la paz social que fue alterada por la comisión de un delito. la promoción de una acción penal puede ser ejercida tanto por el poder estatal como por particulares.

Una vez iniciada una acción penal, su primera etapa consiste en la investigación (la búsqueda de pruebas), la persecución (el ejercicio de la acción ante el tribunal competente) y la acusación (se exige un castigo). durante el juicio, cada uno de estos pasos es concretado y, en base a la acción, el juez se encarga de dictar la resolución conforme a lo estipulado por las leyes vigentes.

Nuestra constitución la consagra en su Art. 139º. 3, como un derecho de carácter procesal “el derecho a la tutela jurisdiccional”. Asimismo, desde otra perspectiva, el Art. 159º, en sus Inc. 1 y 5 de la Constitución, atribuye al Ministerio Público como misión sustancial la promoción de oficio o a petición de parte de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y como encargo específico, en materia penal, la persecución penal, el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte.

En cuanto a las leyes infraconstitucionales, el Código de Procedimientos Penales, al igual que el Código Procesal Penal de 2004, señalan: Primero, que la acción penal es pública o privada; segundo, que la acción pública se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley; y tercero, que la acción privada se ejercita directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querrela.

En consecuencia, la acción es el derecho público y subjetivo del accionante a exigir, al órgano jurisdiccional, la emisión de una resolución motivada y congruente que se pronuncie sobre la procedencia o no de su solicitud para iniciar el proceso.

Aunque la acción como concepto de la teoría general del proceso es unitario, en el proceso penal adquiere características especiales, dado que su origen radica en la configuración de un probable hecho delictivo.

En el proceso penal, el ejercicio de la acción permite que el Estado, en uso de su *ius imperium*, pueda resolver el conflicto que surge por la comisión de un ilícito penal.

La acción penal es la potestad jurídica de promover la decisión del órgano jurisdiccional respecto a una determinada relación de derecho penal. El ejercicio de la acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar a su meta (la resolución del conflicto generado por el delito). El proceso, sin el ejercicio legítimo de la acción penal, no puede surgir ni continuar.

4.3 OBJETIVO ESPECÍFICO III: ESTABLECER LOS EFECTOS APLICABLES A LA ACCIÓN DE PÉRDIDA DE DOMINIO POR SU NATURALEZA

La Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica, establece en el art. 8:- “ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Al respecto, y partiendo desde un punto de vista nacional, el Poder Judicial Peruano, considera al Juez Natural como: “la constitución del órgano judicial

competente para conocer de un litio con anterioridad a los hechos que se enjuician por medio de una ley y de forma invariable y plena.

La garantía del juez natural exige que el tribunal se halle establecido por ley, y que en virtud de esa prelación normativa, el juez tenga competencia porque está nominado con anterioridad a los hechos que originan su jurisdicción.

La denominación de juez natural, se debe aclarar en el sentido de especificar que se trata de jueces que son designados para ocuparse de determinados procedimientos a los que se clasifica por razón de distintas variables que discriminan la competencia. En otros términos no es juez natural el que se designa para entender en un proceso especial, porque la neutralidad se difumina o, al menos queda en sospecha.

El Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades (Exp. N.º 290-2002-HC/TC; Exp. N.º 1013-2002-HC/TC y Exp. N.º 1076-2003-HC/TC) ha establecido que este derecho supone dos exigencias: En primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional garantizándose, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional. En segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, por lo que la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc.

~

LA ACCIÓN PENAL

Pisapia (1988), la acción penal consiste en puridad en un poder-deber de activar la jurisdicción penal, ósea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del derecho penal sustantivo.

Rúa (1991), corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura (Código de 1940) o la aprobación formal (Código de 1991) del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada. La categoría de poder utilizada en la definición –a diferencia de las categorías de derecho, posibilidad o facultad-, permite denotar sin esfuerzo el nexo acción-jurisdicción, a la vez que el vocablo jurídico destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo.

De la Oliva, Et Alt. (1993), el poder jurídico es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso de la víctima; ese poder jurídico esta cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente, en cambio en los casos del ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible.

Velez (1986), la acción penal es un poder jurídico que impone el derecho constitucional y cuyo ejercicio regula el derecho procesal de provocar la actividad

jurisdiccional del Estado. La calificación técnica de “derecho subjetivo público” solo puede reservarse para el ofendido como ocurre en las “acciones privadas”, pues cuando la ejerce el Ministerio Público, más que un derecho es un deber, o más precisamente un poder de ejercicio obligatorio, una potestad jurídica.

Mixan (2005). la acción penal es una atribución, cuyo ejercicio en principio corresponde al Estado a través de los funcionarios a cargo del Ministerio Público de solicitar al Juez competente que aplique la Ley penal en un caso concreto. Así entendida, la acción penal es un requisito previo a la sustanciación del proceso seguido contra una persona, a quien se imputa la comisión de un hecho punible con el objeto de establecer su responsabilidad y en su caso imponerle la pena legalmente prevista. En nuestro sistema jurídico, esta actividad persecutoria de los responsables de un delito, está regida por el principio de legalidad. En consecuencia, encontrándose reunidos los requisitos legales, los fiscales no solo tienen la potestad de ejercer la acción penal, sino además el deber jurídico de hacerlo.

Carnelutti (1959), las reglas de competencia tienen por finalidad establecer a qué juez, entre los muchos que existen, le debe ser propuesta una litis

Carnelutti (1959), por ello, la necesidad del instituto de la competencia puede ser expresada en las siguientes palabras: "Si fuera factible pensar, aunque fuera imaginativamente, acerca de la posibilidad de que existiera un solo juez, no se daría el problema a exponer ahora, puesto que jurisdicción y competencia se identificarían.

Priori (2012), pero como ello no es posible, se hace preciso que se determinen los ámbitos dentro de los cuales puede ser ejercida válidamente, por esos varios jueces, la potestad jurisdiccional.

Priori (2012), por ello, definimos a la competencia como la aptitud que tiene un juez para ejercer válidamente la potestad jurisdiccional. Dicha aptitud está definida en virtud de determinados ámbitos que la ley se encarga de establecer. De esta forma, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal. Como lógica consecuencia de lo anterior, todo acto realizado por un juez incompetente será nulo.

Las reglas que rigen la competencia actúan la garantía constitucional.

Priori (2012), el Juez natural, entendida ésta como el derecho que tienen las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley, derecho que, además, integra el contenido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Esa predeterminación legal que forma parte del contenido de la garantía al Juez natural, se expresa y actúa a través de la competencia.

Ortells (2002), en efecto, el reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental y la trascendencia del mismo en el funcionamiento de un sistema democrático hacen preciso el establecimiento legal del Juez ante quien se pueda ejercer dicho derecho. De esta forma, "la tutela pretendida por el actor frente al demandado ha de ser concedida por los jueces y tribunales y, también ante éstos, han de tener las partes su oportunidad de defensa".

Priori (2012), por ello, se requiere una precisa regulación legal de la competencia; pues "solamente si está fijado antes de cada procedimiento con base en regulaciones abstractas, qué tribunal y qué juez es competente, se puede enfrentar el peligro de decisiones arbitrarias. Un firme régimen de competencia crea seguridad jurídica. El demandante sabe a qué juzgado se puede o debe dirigir con su demanda. El demandado en todo caso se puede preparar, en qué lugar eventualmente debe contar con demandas.

La pérdida de dominio según la Ley establece la extinción de los derechos o títulos de bienes de procedencia ilícita a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. Esta acción es autónoma y se rige por la presunción de licitud. Se presume la procedencia lícita de los bienes que aparecen en los Registros Públicos. Esta presunción podrá ser desvirtuada mediante la actuación de la prueba idónea", se indica. Se precisa que la pérdida de dominio de los bienes adquiridos ilícitamente, no se encuentra únicamente referida a la afectación del patrimonio afectado, sino que está destinada a la legítima protección del interés público. Estos bienes deberán ser subastados; por la forma en que ha sido redacta su definición legal, pareciera que no existe ninguna clase de restricciones, la ley posibilita la extinción del dominio que tienen los particulares respecto de cualquier tipo de derechos o títulos de bienes con la única condición que tengan una procedencia ilícita; pero ello no es así.

Naturaleza jurídica civil de la institución de la Pérdida de Dominio

La vigente acción de pérdida de dominio, conforme al texto de la norma, es una acción de carácter real, patrimonial, autónoma y jurisdiccional, que tiene por finalidad extinguir la propiedad de los bienes de las personas que los hayan

obtenido, destinado o usado ilícitamente, ya sean instrumentos, efectos o ganancias, los cuales pasan a manos del Estado, sin compensación ni contraprestación alguna. Su carácter real obedece a que la acción de pérdida de dominio está dirigida contra los bienes, no contra las personas, por eso no interesará quien lo posea en ese momento. Es patrimonial, porque el contenido de los bienes que persigue la pérdida de dominio, tienen un valor económico. Es autónoma porque es una acción distinta e independiente de cualquier otra, como la penal. Los bienes materia de la pérdida de dominio, son entendidos de manera amplia, por lo que será todo aquello susceptible de valoración económica, tangible o intangible, derechos o títulos, incluido el dinero, los frutos y productos de los mismos. Los bienes incurso en la pérdida de dominio, deberán estar afectados previamente en un proceso penal, en donde los agentes estén procesados por los delitos de tráfico ilícito de drogas, trata de personas, secuestro, extorsión, terrorismo y lavados de activos derivados de los cinco primeros delitos. La pérdida de dominio se dirige contra bienes, derechos y/o títulos, obtenidos, destinados o usados ilícitamente, vinculados a los delitos de narcotráfico, trata de personas, secuestro, extorsión, terrorismo y lavado de activos vinculados a los cinco primeros delitos, los cuales pasan a la esfera de propiedad del Estado, sin recibir contraprestación alguna ni indemnización, por lo que consideramos que se trata de una nueva causal de extinción de la propiedad no considerada en el Código Civil. Si bien esta forma de extinción de propiedad no está legislada en nuestro Código Civil de 1984 como una causal de la misma, ello no es impedimento para que prospere dicha acción, porque su procedencia está facultada por una ley especial como lo es la Ley de pérdida de dominio.

CONCLUSIONES

- La acción civil es un derecho subjetivo autónomo, pone a las partes del juicio una frente a la otra y ambas frente al juez, generando una relación jurídica procesal entre ellos, cuyo ejercicio otorga el derecho a la jurisdicción y permite afrontar el trámite de un proceso; es el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales del estado para interponer pretensiones, imponiendo la prohibición de hacerse justicia por mano propia, provocando del Juez una resolución, con eficacia vinculativa, respecto a una determinada relación jurídica. Tiene en su estructura a los sujetos de la relación jurídico material debatida, el objeto que es lo que desea alcanzar con la sentencia y la causa o fundamento jurídico de la pretensión.
- La Naturaleza de la acción penal comprende dos aspectos en primer lugar el subjetivo que viene hacer el poder, deber jurídico que compete al Ministerio Público de actuar las condiciones para obtener del juez la decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado y en segundo lugar como aspecto objetivo es el medio con que el órgano ejecutivo constreñido a abstenerse de la coerción directa en las relaciones penales, determina la

intervención de la garantía jurisdiccional en orden a su pretensión punitiva; la acción penal tiene por objeto una pretensión punitiva del Estado, derivada de un delito, siendo aquella que se origina a partir de un delito y que supone la imposición de un castigo al responsable de acuerdo a lo establecido por la ley. Con la finalidad de reestablecer la paz social que fue alegada por la comisión de un delito, correspondiendo al Ministerio Público esencialmente su titularidad y como misión sustancial la promoción de oficio o a petición de parte de la acción de la justicia en defensa de la legalidad; en consecuencia, la acción es el derecho público y subjetivo del accionante a exigir, al órgano jurisdiccional, la emisión de una resolución motivada que se pronuncia sobre el conflicto generado por el delito.

- Si tenemos en cuenta que la acción de pérdida de dominio según la Ley establece la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna, por consiguiente es una acción de carácter real, patrimonial, autónoma jurisdiccional, que tiene por finalidad extinguir la propiedad de los bienes de las personas que los hayan obtenido ilícitamente, su carácter real obedece a estar dirigida contra los bienes, no contra las personas, en consecuencia estamos frente a una acción de naturaleza civil, debiendo atribuírsele los efectos naturales en relación a esa naturaleza, esencialmente en el ámbito de la tutela jurisdiccional efectiva, el de juez natural, en consecuencia ser de conocimiento y competencia de los jueces civiles y no de los jueces penales como indebidamente establece la ley de la materia ya que un firme régimen de competencia crea seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

- Considerando la naturaleza civil de la acción de pérdida de dominio, sería necesario orientar el tema de investigación a introducir una modificación en el código civil adicionando dicha acción como una causal de extinción de la propiedad, lo que se avizora desde el presente trabajo de investigación, pero que no constituye su objeto esencial.
- También será necesario la modificación de la ley de pérdida de dominio para que en concordancia con las reglas generales de la competencia, establecida necesariamente previamente por ley, se derive el conocimiento de la pérdida de dominio a los jueces civiles, lo que podrá realizarse en un trabajo que ahonde la presente investigación.
- En necesario incrementar la difusión de los alcances de la acción de pérdida de dominio a fin de que no solo sea un tema técnico jurídico sino se constituya en un tema de dominio común que posibilite la defensa de los implicados y la ayuda de la población en general para el buen empleo de este mecanismo que en su causa final tutela el interés público.

BIBLIOGRAFÍA

- Águila, G. (2012). *El ABC del Derecho*. Perú: EGACAL.
- Alsina, J. (2002), *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Parte General. Argentina: Ediar Soc. Anón.
- Angeludis, C. (2005). *Evolución del Derecho de Acción: Apuntes Generales*. En Línea <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/boletin>.
- Azula, J. (2008). *Manual del Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso* Tomo I. Bogotá. Temis.
- Bartoloni, F. (1944). *El Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales*. (Acción, Jurisdicción, Proceso). Santa Fe.
- Bigliuzzi, L. (1995). *Derecho Civil, Normas, Sujetos y Relación Jurídica*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Binder, A. (1976). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: AD-HOT S.R.L.

- Bobbio, N. (1982). *Presente y Porvenir de los Derechos Fundamentales*. Anuario de Derechos Humanos N°1.
- Carpio, M. (2004). *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra.
- Cáceres, R. (2008). *El proceso de Pérdida de Dominio y las medidas Cautelares en la Investigación Preliminar*. Lima: Editorial Idemsa.
- Cabrera, B. (1994). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: EJEA.
- Castillo, L. y De Pina, R. (1958). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Porrúa.
- Castillo, P. (2004), *Caso Lori Beñrenson Mejía Vs. Perú: Fondo, Reparaciones y Costas*.
- Castillo, R. (2012), Extinción de la Propiedad de Bienes Obtenidos, Destinados o Usados Ilícitamente. En Línea: http://www.academia.edu/9921870/p%C3%A9rdida_de_dominio
- Calamandrei, P. (1966). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Bogotá.
- Constitución Política del Perú (1993). Publicada en Diciembre 1993.
- Coutere, E. (1978). *Introducción al Estudio del Proceso Civil*. Buenos Aires: Depalma.

- Coutere, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Desalma.
- Chiovenda, G. (1977). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid Reus.
- De la Oliva, A.; Argoneses, S.; Hinojosa, R.; Muerza, J.; Tome, J. (1993) *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramon Aceres. Madrid.
- De Pina, R. (1984). *Diccionario de Derecho*. México: Porrúa.
- Devis, H. (1972). *Compendio de Derecho Procesal, teoría General del Proceso*.
- Duran, E. (1992). *Manual del Derecho Procesal Penal*. Ecuador: Edino.
- Echandia, H. (1999). *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I. Teoría General del Proceso, Deudécima Edición.
- Espitia, F. 1998. *La Extinción del Derecho de Dominio*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá.
- Fairén, V. (1955). *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Fairén, V. (2006). *Teoría General del Derecho Procesal*. México: Instituto de Investigación Jurídica.
- Feuillade, M. (2008). *El Juez Natural en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista del centro de Investigaciones de Filosofía y Filosofía Social. En línea <http://www.cartapacio.edu.ar>
- Gonzales, J. (1984). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, Madrid: Civitas S. A.

- Gonzales, A. (1993). *Proceso y Conflicto en el nuevo Ordenamiento Civil del Perú*. Buenos Aires: Ad-Hot S. R.L.
- Gozaími, O. (2005). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ediar.
- Guasp, J. (1988). *Concepto y Método de Derecho Procesal*. España: Civitas Ediciones.
- Illanes, F. (2010). *La Acción Procesal*. Bolivia CED. En Línea: <https://jorgemachicado.blogspot.pe>
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Cardenete. Madrid.
- Leone, G. (1963). *Tratado del Derecho Procesal Penal*. Chile: EJEA.
- Ley N° 30077, El Diario Oficial el Peruano, Lima, Perú, 20 agosto 2013.
- Manzini, V. (1951). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Marcenaro, R. (2008), *Los Derechos Sociales*. En: Actualidad Empresarial, N°168-Primera Quincena de Octubre 2008.
- Messineo, F. (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA.
- Mixan, F. (2005). *Cuestiones Epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la Prueba*. Peru: Ediciones BLG.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Lima: Temis.

- Montero, A. (1984). *Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional*, en Revista Uruguay de Derecho Procesal.
- Morello, A. (1970). *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Platense y Abeledo - Perrot.
- Murcia, B. 2012. *El Enriquecimiento Ilícito y la Pérdida de Dominio*. Editorial Ibáñez. Bogotá.
- Ossorio, M. (1993). *Enciclopedia Jurídica Omeba*.
- Ortells, M. (2002). *Derecho Procesal Civil*. España: ARANZADI.
- Pisapia, G. (1988). *Compendio Diprocedura Penale*. Padova: CEDAM.
- Priori, G. (2012), *La Competencia en el Proceso Civil Peruano*. En Línea: [file:///C:/Users/mderecho/Downloads/16797-66744-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/mderecho/Downloads/16797-66744-1-PB%20(3).pdf)
- Rioja, B. (2014). *Información Doctrinal y Jurisprudencial del Derecho Procesal Civil*. En línea: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc>.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Rúa, F. (1991). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Depalrna.
- Santos, J. (2009). *El Debido Proceso Penal. Fase de Indagación, Etapas de instrucción fiscal e intermedia*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sentís, S. (1957). *El Proceso Civil, Estudio de la Reforma Procesal Argentina*. Buenos Aires: EJE.A.

Soler, S. (1970). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tea

Stolfi, G. (1959). *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial de Revista de
Derecho Privado.

Tomás, G. y Delgado, W. 2013. *La Pérdida de Dominio en el Ordenamiento
Jurídico Peruano*. Lima: Jurista Editores.

Vesconi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Ed. Temis.

Velez, A. (1986). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Marcos Lerner Editora.

Zambrano, A. (2009). *Manual de Práctica Procesal Penal*. Perú: Edilex S.A.
Editores.

