



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**“LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE
EXTINCIÓN DE DOMINIO”**

**PRESENTADO POR
MAYRA ANAIS GARCIA DURAND**

**ASESOR
SEGUNDO ROLANDO MÁRQUEZ CISNEROS**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2024**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**“LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE
DOMINIO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRA EN
DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTADA POR:

MAYRA ANAIS GARCIA DURAND

ASESOR:

DR. SEGUNDO ROLANDO MÁRQUEZ CISNEROS

LIMA, PERÚ

2024

DEDICATORIA

A Danna, quien impulsa mis pasos y quien me permitió un tiempo para la elaboración de la presente.

DEDICATORIA

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	
1.1. Las Cargas Procesales en el Derecho	
1.1.1 Antecedentes Históricos.....	11
1.1.2 Concepto.....	14
1.1.3 Naturaleza Jurídica.....	15
1.2. La Prueba y la Carga de la Prueba	
1.2.1. Nociones.....	17
1.2.2. Carga Objetiva y Subjetiva de la Carga de la Prueba.....	21
1.2.3. Características de la carga de la prueba.....	23
1.2.4. Teorías sobre la distribución de la carga probatoria.....	24
1.2.5. Inversión de la prueba y carga dinámica de la prueba.....	28
1.3. La carga de la prueba regulada en el Perú en el derecho Penal	
1.3.1. Las partes en el proceso penal. Funciones. Especial referencia al del MP (en general).....	32
1.3.2. Ley orgánica.....	34
1.4. La Carga de la Prueba en el proceso de extinción de dominio en el derecho comparado	
1.4.1. Colombia.....	36
1.4.2. El Salvador.....	38
1.4.3. Guatemala.....	38
1.4.4. Costa Rica.....	40
1.4.5. México.....	41
1.4.6. Normas internacionales que otorgan contenido a la “Carga de la Prueba”.....	43
1.5. La Carga de la Prueba en la extinción de dominio en el Perú	
1.5.1. El proceso de extinción de dominio en el Perú- Nociones Generales.....	47
CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
3.1 Diseño metodológico.....	56
3.2 Aspectos éticos.....	56

CAPÍTULO III RESULTADOS

3.1. La carga de la prueba como principio

3.2. Interpretación del Numeral 2.9 del Artículo II del Decreto Legislativo 1373.....	63
--	----

CAPÍTULO IV DISCUSIÓN.....	67
-----------------------------------	-----------

CONCLUSIONES.....	71
--------------------------	-----------

RECOMENDACIONES.....	73
-----------------------------	-----------

REFERENCIAS.....	74
-------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.....	75
---	-----------

RESUMEN

La investigación, está dirigida a conocer como ha desarrollado la doctrina la institución jurídica la carga de la prueba, para poder analizar su regulación en el proceso de extinción de dominio-Decreto Legislativo 1373-, y de esa forma, establecer la persona que le compete la carga de la prueba en el mencionado proceso peruano, desde su óptica objetiva; puesto que, su descripción en la norma, es poco claro; y por lo tanto debe ser modificada; concluyéndose que la norma derogada D. Leg. 1104, si contenía claramente quien era el portador de esta carga, siendo esta descripción la más adecuada, en resguardo de nuestra seguridad jurídica; es decir, para que tanto las partes como el juez, tengan claro, quien está obligado a probar en el referido proceso y por lo tanto, conocer quien perdería el mismo en los casos en los que insuficientemente el Ministerio Público probó la ilicitud del origen de los bienes, y el requerido también insuficientemente probó la licitud de los mismos. La postura en la investigación es que dicha carga le corresponde al Ministerio Público, porque este organismo constitucionalmente autónomo siempre va a estar en ventaja, en comparación con el requerido; porque, puede agenciarse y utilizar diversas técnicas de investigación y restricción de derechos para poder acreditar el origen ilícito del bien, en cambio el requerido, en defensa de sus derechos patrimoniales puede exponer que la fuente de los bienes es ilícito, de la forma y modo que desde su posición le sea factible, lo que no significa que se haya invertido la carga de la prueba, como muchos consideran.

Palabras claves: Carga procesal, carga de la prueba, origen ilícito, lícito, inversión de la carga de la prueba, principio, regla de juicio.

ABSTRACT

The research is directed to know how the doctrine has developed the legal institution of the burden of proof, in order to analyze its regulation in the process of extinction of ownership - Legislative Decree 1373-, and in this way, to determine to whom corresponds the burden of proof in the mentioned Peruvian process, from its objective perspective; since, its description in the norm, is unclear; and therefore it must be modified; concluding that the repealed norm D. Leg. 1104, if it clearly contained who was the bearer of this burden, being this description the most adequate, in order to safeguard our legal security; that is to say, so that both the parties and the judge, have clear, who is obliged to prove in the process of extinction of ownership and therefore, to know who would lose the same in the cases in which the Public Ministry insufficiently proved the illegality of the origin of the goods, and the requested also insufficiently proved the legality of the same. The position in the investigation is that such burden corresponds to the Public Prosecutor's Office, because this constitutionally autonomous organism will always be at an advantage, in comparison with the requested party; because, it can use different techniques of investigation and restriction of rights in order to prove the illicit origin of the property, while the requested party, in defense of its patrimonial rights, can demonstrate that the origin of its property is licit, in the form and manner that from its position is feasible, which does not mean that the burden of proof has been inverted, as many consider.

Key words: Procedural burden, burden of proof, illicit origin, licit, reversal of the burden of proof, principle, trial rule.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

AUTOR

MAYRA ANAIS GARCIA DURAND

RECUENTO DE PALABRAS

14997 Words

RECUENTO DE CARACTERES

77992 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

75 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

124.7KB

FECHA DE ENTREGA

Jan 25, 2024 10:31 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jan 25, 2024 10:32 PM GMT-5**● 15% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 15% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 9% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES
Programa
Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCIÓN

La prevención y la represión de la Criminalidad Organizada y sus manifestaciones es uno de los intereses más importantes de los Estados, muestra de ello, es la incorporación de efectos jurídicos ante la verificación de su existencia o de los actos para los cuales fueron creados.

Por mucho tiempo los Estados postergaron, uno de los tópicos más evidentes de la existencia de las actividades criminales, esto es: los productos que producen las mismas. Así pues, es con la Convención de Viena en el año 1988 que se aconseja a los Estados incorporar en normas la incautación y decomiso de los bienes, activos y en general de los productos que la criminalidad generaba.

El Perú con el decomiso penal y posteriormente, con la extinción de dominio (antes pérdida de dominio) incorporó en sede nacional la recomendación comunitaria para procurar recuperar para el Estado, los productos obtenidos por la Criminalidad Organizada.

El decomiso como figura estrictamente penal, conforme lo establece la norma penal, es una consecuencia accesoria del delito, en ese sentido, se impone junto con la pena en la sentencia. En este escenario, es evidente que corresponde al Ministerio Público acreditar la vinculación del bien sobre el cual se pretende su comiso con la actividad delictiva, corolario de ello es que, en un escenario de insuficiencia probatoria, el decomiso seguirá la suerte de la pretensión punitiva, en razón al principio de presunción de inocencia.

La parte final del párrafo anterior describe algo que normalmente pasa desapercibido y esto es que existe una solución al escenario de insuficiencia probatoria al cual puede recurrir el juez, a fin de concluir el proceso, esto como se dijo anteriormente, se conoce en doctrina procesal como la carga de la prueba.

En ese sentido, responde a una de las preguntas más trascendentales que las partes se han de formular al inicio un proceso ¿quién pierde el proceso en escenario de prueba insuficiente? Cómo es evidente, la respuesta a semejante interrogante, debe ser por lo menos, clara, unívoca e indubitable.

En la lógica descrita anteriormente, se hace necesario reflexionar acerca de la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio en el Perú, por ese motivo en la presente investigación en el capítulo I, para una mejor comprensión del significado de dicha institución, abordaremos sus antecedentes históricos, concepto y naturaleza jurídica; inmediatamente, desarrollaremos los temas relacionados a la carga objetiva y subjetiva, sus características, así como las teorías que establecen, cómo debe distribuirse la misma desde un sentido probatorio y por supuesto definiremos la denominada inversión y carga dinámica de la prueba; ello, con la finalidad de conocer conceptos básicos, y abrimos panorama respecto al contenido de la carga de la prueba en el Perú, teniendo en cuenta que el objetivo de la presente, es determinar el sujeto procesal sobre quien recae la actividad probatoria; pues conforme se encuentra establecido en el artículo 2.9 del D.L 1373, para la admisión de la demanda del proceso de extinción de dominio le corresponde al representante del Ministerio Público, presentar pruebas o indicios respecto al origen o destino ilícito de los bienes. Luego de admitida la demanda, la carga es inversa, puesto que le corresponde al requerido demostrar la licitud del origen o destino de los bienes;

por lo que, así redactada la norma; en mi opinión, no queda claro si dicho “*deber*” le corresponde al Ministerio Público o al requerido; motivo por el cual, en la investigación, en este capítulo, también trataremos las funciones constitucionales otorgadas al Ministerio Público peruano como organismo autónomo y el rol que desempeña en este proceso; además de comparar el tratamiento de la carga de la prueba en países vecinos como Colombia, El Salvador, Guatemala, Costa Rica y México, por último, estudiaremos, como ha sido abordado este principio a nivel internacional y como se define en nuestra norma peruana.

Posteriormente, en el capítulo II de la investigación, explicaremos el diseño metodológico empleado, dado que es una investigación cualitativa, en la que se describe la problemática, sobre la confusa redacción del principio “Carga de la Prueba” en el proceso de extinción de dominio, además de analizar las consecuencias jurídicas que recaen en dicho proceso, ante un posible escenario de prueba insuficiente; dicha confusión, se pudo advertir no solo del texto expreso de la ley de extinción actual, sino también de una pequeña muestra de operadores del derecho, que, pese a conocer dicho principio (no solo por cultura jurídica) no coinciden en entender, a qué sujeto procesal le corresponde la carga de la prueba y para algunos de ellos incluso se ha invertido la misma, en este proceso.

Esta ausencia de claridad nos preocupa, porque ante un escenario de prueba insuficiente, al desconocerse concretamente quien tiene la carga de la prueba, no podríamos delimitar quién “pierde” el proceso, creándose inseguridad jurídica y falta de predictibilidad; proponiéndose por tal motivo una mejor redacción de la norma, luego de recoger los principales conceptos referidos al principio de la carga de la prueba, estas última

descripción la discutiremos en el capítulo III; concluyendo en el capítulo IV que la norma debe ser modificada, consideramos, que en ella se debe indicar expresa y taxativamente a quién le corresponde probar, proponiendo al Ministerio Público como el que soporte dicho principio.

CAPÍTULO I

1.1. Las Cargas Procesales en el Derecho

1.1.1. Antecedentes Históricos

Desde épocas antiguas, durante el proceso, los demandados o denunciados tenían la opción de contestar la demanda o denuncia, oponerse, ofrecer medios de prueba, exponer sus alegatos e incluso no hacer nada; posteriormente es que surgió el concepto de la llamada carga procesal.

Para poder entender la noción de carga procesal, se debe analizar sus orígenes en las diversas teorías del proceso que se esbozaron hace algún tiempo en la doctrina alemana, en la cual se critica la tradicional postura, según la cual el proceso podría concebirse mediante una raíz unitaria única y precisa, como es la relación jurídica entre las partes intervinientes.

Existe consenso en reconocer en GOLDSCHMIDT el inicio de los trabajos sobre las cargas procesales (Fernández, 2004)

La definición de carga, entonces es introducida por Goldschmidt (1961), como parte del desarrollo de la naturaleza jurídica del proceso como Instituto del derecho.

Durante el siglo XXI se constituyó la teoría contractualista, donde la actividad del juez originaba el acuerdo entre los sujetos y sometía al órgano jurisdiccional a la solución de su conflicto; por lo tanto, la relación de demandante y demandado era solo contractual.

Sin embargo, esta idea del proceso, se fue desterrando, puesto que, el contrato necesitaba consenso entre las partes; sin embargo, el proceso puede continuar y concluir pese a no existir voluntad por parte del demandado, e incluso sin requerir su presencia.

James Goldschmidt, consideraba que el proceso no radica necesariamente es un lazo jurídico que permite el reconocimiento de derechos y obligaciones para los sujetos involucrados; puesto que el juez dictaba sentencia y dirigía el proceso por un deber funcional, y además porque las partes no tenían la obligación de participar activamente en el proceso; por lo que, el proceso no era un vínculo, sino una situación jurídica, ya que las partes se encontraban en un estado de suspenso o incertidumbre ante el futuro fallo.

Esta situación de incertidumbre ocasionaba en las partes expectativas relacionadas a las posibilidades de poder obtener una sentencia favorable; posibilidades que aumentarían o disminuirían en mérito al cumplimiento de su carga procesal.

Con un lenguaje más coloquial Isidoro Eisner, en 1994, indicó que la carga procesal se refiere al dinamismo de la situación jurídica, donde cada uno de los sujetos procesales ha establecido determinadas expectativas conforme a su

comportamiento, el cual puede acercar o alejar a una sentencia favorable, siempre que efectúe y despeje de la referida carga, incrementan sus posibilidades.

La doctrina refiere que la carga procesal, conforme a lo señalado por James Goldshmidt, recae en movilidad de la situación procesal en la que los sujetos intervinientes se ven sujetos a situaciones de peligro y posibilidades de acuerdo a sus conductas activas y diligentes, que determinan la emisión de una conducta beneficiosa.

Para aclarar mucho más el panorama, se señalaba que, según la teoría imperativa, sostenida por Goldschmidt podía definirse a las cargas como “imperativos del propio interés” (y en esto se distingue de las obligaciones y deberes que siempre representa imperativo impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad) y a las expectativas y hostilidades procesales como situaciones de esperanza del proceso judicial y de la sentencia. (Silva, 2014).

En síntesis, puede concebirse el derecho como un conjunto de imperativos que han de seguir los sometidos a las reglas jurídicas, pero también como una serie de normas que en su oportunidad deben ser aplicadas por el juez.

Asimismo, los vínculos jurídicos que se originan entre los sujetos no son necesariamente “relaciones jurídicas”, esto quiere decir, no constituyen facultades ni obligaciones, sino “situaciones jurídicas”, en otras palabras, momentos de posibilidad, confianza del comportamiento que se originará en el último momento de la sentencia como: posibilidades, deberes y expectativas.

En este sentido, es importante indicar que Rosenberg es reconocido por impulsar la institución de la carga procesal, para quien constituye una actividad voluntaria, pese a que el incumplimiento de la misma ocasione una serie de efectos negativos y perjudiciales al sujeto; ello no radica en una obligación, deber ni mucho menos una imposición. (Devis, 2002)

1.1.2. Concepto

De acuerdo con Couture (1989), la carga procesal puede definirse como:

“Una situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”. (p.209)

La carga se configura como una amenaza que grava el derecho del titular. (Ledesma, 2008)

La carga funciona de dos formas; la primera radica en el litigante quien tiene la capacidad de alegar, contestar y demostrar, así como también tiene a opción de no contestar, no alegar y no demostrar absolutamente nada, sin embargo, ello implica un riesgo, puesto que cuando no lo hace oportunamente o cuando es requerido, el juez puede emitir su fallo sin tener en cuenta la postura, alegatos o pruebas de este. (Devis,2002)

Así también, sostiene que la carga es aquella facultad de realizar de manera libre y voluntaria determinados actos o adoptar conductas que radican en el interés propio.

Aunado a ello, el procesalista colombiano indica que la carga no es considerada como un acto exigible o imperativo, ya que no radica en una obligación, sino en la posibilidad de actuar de manera libre, sin algún tipo de sanción ni coacción.

Asimismo, Rosenberg menciona que a efectos de conocer si la denominada actividad de las partes versa en los hechos que deben probarse y corresponde a su carga, y si esta constituye un derecho o una necesidad, entonces se debe realizar en base a la carga subjetiva, siendo que ello ocasiona la actividad. Por consiguiente, si bien la cuestión tiene valor secundario para la doctrina de la carga de la prueba, en relación con el problema general de los deberes de las partes en el proceso civil, la cuestión gana en importancia e interés (Rosenberg, 1956).

1.1.3. Naturaleza Jurídica

En primer término, se entendía que, los derechos y los deberes, de los sujetos dentro del proceso se debían comprender como recíprocos, es decir un deber procesal del demandante, disponía siempre y de manera correlativa un derecho del demandado y viceversa.

Sin embargo, para Goldschmidt, en el proceso no se podía hablar de deberes; sino de imperativos que debía cumplir la parte procesal para su propio interés, por

riesgo a resultar derrotado o vencido en el proceso, a estos imperativos, los denominó cargas procesales.

Las primeras manifestaciones radican en el derecho romano y germánico, los cuales concebían la idea del juicio como un acto de subordinación de manera voluntaria de los intervinientes frente al órgano jurisdiccional. Con ello hubo que asegurar la presencia del demandado, aunque no muy precisamente como un deber o como una obligación, y siempre estableciendo sanciones para impelerlo coactivamente a comparecer (Montero, 2011).

Con el paso del tiempo, el concepto de carga era aún poco precisa, sin embargo, ya estaba vinculada al compromiso probatorio. Vista como una especie de la carga procesal, exige la necesidad de tener un protocolo de actuación para los intervinientes que necesitan conocer previamente lo que se debe demostrar en el proceso, así como el dilema que tiene que decidir el juez ante la carencia o incertidumbre de pruebas respecto a los hechos disputados.

A partir de la aplicación en el sistema procesal, y dada la continua dispersión de los derechos y obligaciones, se difundió la aplicación del sintagma carga de la prueba, figura que fue incitada en el siglo XIX por la doctrina alemana. Y, en 1925 emergieron los intentos de James Goldschmidt y Francesco Carnelutti, quienes buscaban ostentar de autonomía a la institución de carga procesal. Ambos, cada uno a su modo, renegaron de la bastante arraigada tendencia de aceptar, sin más, la noción de obligación en el proceso. (Calvinho, 2017)

1.2. La Prueba: La Carga de la Prueba

1.2.1. Nociones

La carga de la prueba, no es más que una especie del género carga procesal; por ello, llama la atención que en los manuales de derecho procesal (penal) la primera ha merecido mayor atención que la segunda. (Devis, 2002).

La carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y activarlas adecuadamente para que demuestren los hechos que les corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en el proceso dispositivo como elemento que sustituye su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante (Falcon, 2003)

Es aquella facultad que se tiene para ejercer de forma libre y voluntaria un acto establecido en el texto normativo para beneficio propio, sin coerción, sin embargo, la omisión de esta ocasiona la pérdida de un beneficio. No se puede obligar a nadie a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el juez (Airaszca, 2004).

A través de la Carga de la Prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso; en otros términos, la carga de la prueba precisa a quien corresponde probar (Cabrera, 1996), o en su defecto asumir las consecuencias por falta de prueba.

Por lo que, en cada litigio puede pasar que las exposiciones de los sujetos respecto a los hechos reales no generen convicción en el órgano jurisdiccional, o de lo contrario puede que no se logren aclarar aquellos detalles del suceso que motiva el conflicto jurídico, o que no se llegue a demostrar, ya sea de manera cierta o falsa, determinadas circunstancias relevantes para la emisión de la decisión judicial.

Entonces, ¿Cómo debe decidir el juez en estos supuestos?

Se descarta aquella posibilidad de que el juez pueda llegar o se pronuncie con un non liquet.

A consecuencia de la duda del hecho, el juez tiene la obligación de afirmar o negar el efecto jurídico que es objeto del proceso, siempre que se cumplan con los presupuestos de la sentencia en relación al fondo del asunto.

¿Cómo sentenciar y en base de qué principios? ¿cuál de todas las partes debe soportar o sobre quién o quiénes, recaen los resultados o las consecuencias desventajosas de la duda que cabe con respecto a la verdad de una información de hecho?

Los preceptos establecidos en la carga de la prueba responden a estas interrogantes, además que ayudan al magistrado a establecer un juicio, ya sea positivo o negativo, respecto a la solicitud que se cuestiona; sin embargo la incertidumbre en relación a los hechos, ya que señalan la manera de arribar a una

resolución en un caso y la importancia de las normas vinculadas a la carga de la prueba, radica precisamente en ello, toda vez que permite al juez pronunciarse a través de una sentencia, en un caso que no puede llegar a comprobarse la verdad de un hecho relevante.

En esta directriz, es importante recalcar que las referidas normas constituyen un elemento relevante e imprescindible, las cuales son aplicadas por un juez en un determinado caso a resolver. Pues siempre es posible que el juez se quede con dudas acerca de la realización de un presupuesto necesario para la aplicación del derecho, y siempre hace falta una instrucción con respecto al modo de llegar, ello, no obstante, a una sentencia sobre el fondo de la causa. (Rosenberg, 2017).

Esta institución jurídica es de mayor relevancia y trascendencia en el proceso, desde la perspectiva litigante o jurisdiccional.

Desde el aspecto subjetivo, es decir visto desde los sujetos procesales demandado y demandante la carga de la prueba, señala cuál de ellos tiene el deber de probar, y desde su aspecto objetivo, es decir desde el punto de vista del juez, menciona contra cuál de ellos ha de emitir su fallo en caso de duda respecto a un hecho determinado.

Echandía señala que es subjetiva al hacer referencia a una norma de conducta, además de ser precisa por observar cada proceso en estricto; objetiva por establecer una regla de carácter general que permite al juez la manera en que debe de fallar.

Desde su aspecto subjetivo entonces la carga de la prueba se sostiene en las partes que, por el interés de demostrar su verdad producen sus pruebas y por lo tanto este aspecto recae en los principios de la lógica y de la igualdad.

¿Desde su aspecto subjetivo responder a la interrogante de quién debe probar los hechos?, con la finalidad de conocer, ¿Cuál de las partes se encuentra en la obligación de probarlos?

Si el órgano jurisdiccional no logra tener convicción respecto de los hechos, su fallo estará orientado a cuál de las dos partes tenía la obligación de probar y no lo hizo, emitiendo su veredicto en su contra, y preguntarse nuevamente, quién tendrá que sufrir las consecuencias por la falta de prueba.

Por tanto, es claro que al referir que la carga de la prueba facultará al magistrado poder esclarecer que sujeto tendrá el efecto de la inviabilidad de que un hecho logre alcanzar el estatus de confirmación. El juez deberá tener en cuenta quien tuvo interés en que la afirmación sobre un hecho quede acreditada y sobre este recaerán los efectos negativos de la falta de prueba de un hecho. (Elías, 2019)

En este sentido, resulta necesaria la carga de la prueba, dado que se origina en el momento que existen hechos que carecen de prueba, son insuficientes o inciertos, puesto que se busca establecer, quien debe aportar las consecuencias, el que no afirmó su existencia o el que negó. Y ya que el Juez de cualquier manera debe dictar sentencia, no puede abstenerse de hacerlo, la carga de la prueba le indicara

clara y terminantemente el contenido de su pronunciamiento judicial, pues partiendo de los hechos no probados estimara la pretensión o defensa según el caso (Cabrera, 1996).

Por otro lado, el imperativo de aplicar las denominada reglas de la carga de la prueba versa sobre aquellos hechos importantes y que requieren ser demostrados en el proceso. Así las cosas, la aportación de parte y la prohibición del non liquet como principio, origina la obligación de proporcionar al magistrado mecanismos suficientes que permitan decidir en caso de insuficiencia probatoria o laguna probatoria de los hechos. Surge así el concepto de la carga de la prueba. (García, 2007)

Así también, desde la perspectiva doctrinal, la teoría de la carga de la prueba, delimita los resultados de la inseguridad de hechos, sin tener en cuenta que una de las partes se preocupe en el sentido de hacerlo constar. Para Prieto (1978), la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de falta de prueba.

En el mismo sentido, para San Martín Castro, esta institución debe ser estudiada desde un aspecto subjetivo y a su vez objetivo. El primero de ellos, como una regla de repartición de la carga de la prueba entre los sujetos involucrados, esto es, delimitar a quien le corresponde la prueba. Y, el segundo, el juez ante la incertidumbre o falta de prueba, deberá referirse sobre el fondo de la cuestión.

1.2.2. Carga Objetiva y Subjetiva de la Carga de la Prueba.

Otra diferencia advertida en la doctrina versa en la división de la carga de la prueba, objetiva y subjetiva. Respecto a la prueba subjetiva, está orientada a establecer cuál de las partes debe entregar pruebas al órgano jurisdiccional, respecto a los hechos específicos. Mientras que, carga de la prueba objetiva será el criterio que determina la decisión final cuando no se ha probado un hecho principal (Taruffo ,2008).

- a) La Carga Subjetiva (o formal) de la prueba, la carga de la suministración de la prueba.

Este aspecto responde a las preguntas quién está obligado o tiene el deber a probar, y solo se centra en la necesidad de probar de las partes, es decir de aportar o suministrar prueba, conforme lo señala Rosenberg (2017), este aspecto responde a las expresiones de “una parte debe probar” o “deber de prueba” o si una prueba incide en una de las partes, o si una de esas se encuentra en la obligación de probar un hecho.

En consecuencia, esta parte subjetiva y/o concreta está referida a la conducta para las partes, pues quién afirma un hecho debe probarlo para de ese modo evitar una decisión que no lo favorezca, concretiza lo que cada parte quiere probar en el proceso.

- b) La Carga de la certeza o la Carga Objetiva (material) de la prueba.

La carga de la certeza prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso; además, aquella determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlo constar. (Rosenberg, 2017)

Este aspecto objetivo y/o abstracto, está referido entonces a una regla de juicio, pues ante la carencia de prueba de los hechos que centran el proceso, el juez debe emitir una decisión que no beneficia a quien tenía la carga de probar y no lo hizo, impidiendo así el *non liquet*, es decir existe como regla de juicio genérica.

A manera de opinión, se considera que la distinción que se realiza en la carga de la prueba, es decir objetiva o subjetiva, es errónea, además de que no se trata de una institución con diferentes concepciones, sino a los elementos que componen a la carga de la prueba como regla de juicio. En este sentido, si bien constituye una regla de juicio útil para el juez, esta se encuentra alejada de las partes, ya que permite conocer las consecuencias frente a la falta de interés, respecto a que ciertos hechos o circunstancias no lograron convicción. De esta forma, el juez sabrá cómo resolver y sobre cuál de las partes recaerán las consecuencias de que la hipótesis sobre un hecho no alcanzó el grado de confirmación necesario (Elías, 2019)

1.2.3. Características de la carga de la prueba

Según García (2007) la carga de la prueba tiene las siguientes características:

- a) Si bien el juez tiene facultades inquisitivas, esto es, puede reducir el número de casos que puede recurrir, es aplicado en todo tipo de procesos.
- b) Las normas son de carácter imperativo, por lo que es una regla establecida en la normativa.
- c) Es de carácter subsidiario, además de ser desarrollada durante todo el proceso, pero aplicada en la sentencia. Se refiere a que se aplica únicamente las reglas de esta institución jurídica, al momento del fallo y luego que la prueba haya sido valorada, comprendiendo que los hechos que sustentan la pretensión y de los que proviene la consecuencia jurídica se mantengan inciertos o dudosos. Por lo que, si los hechos han sido adecuadamente acreditados y demostrados no aplica el supuesto de hecho de la carga de la prueba y sus reglas de distribución no serán sujetas.

1.2.4. Teorías sobre la distribución de la carga probatoria

Se han desarrollado diversas teorías con el objetivo de responder a la interrogante de quién tiene el deber de probar:

- a. Teoría que impone u ordena al actor la carga de probar. Esta teoría predominó hasta avanzado el siglo XX en ella el actor era quién tenía la carga de probar si el actor no había probado el hecho que demandaba, su contrario debía ser absuelto.

Es heredada de derecho romano, y aunque lo anotado por el derecho romano fue un valor incuestionable lo cierto es que no corresponde a la verdadera naturaleza de la carga de la prueba, ya que algunos de sus presupuestos o máximas han quedado desvirtuados en el tiempo (Cabrera, 1996).

- b. Teoría que impone al que afirma la carga de probar. Correspondía el deber de probar solamente a quién afirmaba un hecho liberando a quién lo negara.

De todos los brocárdicos o máximas apriorísticas, ninguna a traído más inconvenientes que la que se está mencionando; pues puede inducir a interpretar que, la negativa de un hecho se encuentra exento de prueba, es decir que solo pueden probarse los hechos afirmados, no los negados, lo cual es una falacia (Midon, 2007)

- c. Teoría que impone el actor la prueba de los hechos que fundamentan la pretensión y el demandado los de la excepción es similar a la teoría anterior.
- d. Teoría de los hechos normales como norma y los anormales, como excepción, es decir un hecho normal ha de presumirse siempre, pero un hecho considerado como anormal debe probarse, se considera como un hecho anormal aquel que lesione el normal desarrollo de los derechos y el cumplimiento de la ley.

- e. Teoría que impone la prueba quien pretende innovar. Está referida a la modificación de alguna situación considerada como normal y por lo tanto es similar a la teoría anterior.
- f. Teoría de Chiovenda. Esta teoría es un avance, en relación a la regla por los aforismos, donde explica con diversas categorías, que parámetros de la demanda deben ser probado por cada una de las partes.

Según Chiovenda (1936) los hechos se clasifican en 1) constitutivos; 2) impeditivos o invalidativos; 3) extintivos. Los primeros, originan a la relación jurídica, (contractual o extracontractual); Los segundos, son los que si bien no obstan el origen de la relación jurídica, evitan la creación de sus efectos (error, dolo, violencia, incapacidad, simulación fraude); y finalmente, los terceros destruyen la relación jurídica (pago, prescripción liberatoria)

Hecha esta clasificación de los hechos, el autor, concluye que al actor le corresponde probar los hechos constitutivos, esto es aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos. A su vez el demandado debe probar las dos categorías restantes: Hechos impeditivos, esto es, la ausencia de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos; y los extintivos, esto es los que producen la extinción del efecto jurídico del hecho constitutivo (Midon, 2007).

Si bien cuando surgió esta teoría fue clara, luego fue criticada, debido a que el mismo hecho puede ser constitutivo, impeditivo o extintivo, según cual sea el efecto jurídico perseguido.

- g. Teoría normativa de Rosemberg. La cual obliga a cada sujeto la carga de probar los supuestos o presupuestos de la norma jurídica más beneficiosa. Una norma puede aplicarse únicamente cuando la tipicidad hipotética abstractamente formulada y hecho su presupuesto por la ley se ha convertido en realidad concreta, y debe omitirse su aplicación cuando en caso de controversia el juez no ha encontrado plena convicción. Los impedimentos de la incertidumbre jurídica los soportara la parte cuyo éxito procesal exige la aplicación de ese presupuesto jurídico. De aquí nace el principio de carga de la prueba “cada parte debe afirmar y probar los supuestos de hecho de las normas que le son favorables” caso contrario, la misma no se le aplicara, quedando sin sustento su pretensión o defensa (Cabrera, 1996)

- h. Teoría de Gian Antonio Micheli. Esta teoría coincide con Rosenberg, estima que la responsabilidad probatoria no depende de la condición del actor, sino de la posición en que se coloca la parte en el proceso para tener una consecuencia jurídica. Naturalmente, de presentar en la demanda afirmaciones de descargo o versión distinta de los hechos soportará la carga de la prueba de las mismas; no así, si en su contestación se limita a la “simple negativa” o negación de los presupuestos de hechos constitutivos de su defensa (Cabrera,1996 p.374). El derecho sustancial no es suficiente para demostrar el fenómeno, por lo que es necesario invocar el criterio paradójico

de la regla de juicio, es decir, el vínculo que existe entre el sujeto y la consecuencia jurídica.

- i. Teoría de Devis Echangia. Este doctrinario coincide con la postura de Micheli y Rosernberg, arribando a una conclusión que resulta ser la sumatoria de ambos conceptos. Así, nos dice que está de acuerdo con ellos y con los autores que lo siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general debe contemplar no solamente la posición de las partes y el hecho aislado objeto de la prueba, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse (Devis, 2002).

1.2.5. Inversión de la prueba y carga dinámica de la prueba

- a) Inversión de la carga de la prueba. En algunos casos, dada la naturaleza del objeto de prueba, se libera a una de las partes de la obligación de probar, es decir no se le exige que pruebe determinado hecho.

En nuestra jurisprudencia encontramos la casación N° 4445 - 2011 Arequipa, Sala Suprema civil de la Corte Suprema del 25 de noviembre del 2012, señala que predomina la situación que quien tiene la carga de la prueba se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que la otra parte tiene acceso a conocer los medios probatorios, y que al ser favorecido por no tener la obligación de probar y consecuentemente no ser incentivado para aportar, se ve beneficiado, en tanto puede ganar una posición dentro del proceso o de lo contrario lograr un resultado final que lo beneficie, ante la imposibilidad de probar hechos alegados; por lo que en este tipo de casos, corresponderá a la otra parte del proceso, desvirtuar la

afirmación de la primera, y en caso de no hacerlo, asumirá la consecuencia de la falta de la prueba, sin embargo esto sucede estrictamente cuando en nuestra norma jurídica se establecen presunciones en determinado sentido.

b) Carga dinámica de la prueba

Cuando se trata de pretensiones relacionadas a derechos reales, se ha desarrollado el concepto de carga probatoria dinámica, la cual señala que está obligado a probar quien se encuentre en mejores condiciones, ya sea fácticas o técnicas, y siempre que la otra parte se encuentre en la dificultad de recabar un medio de prueba.

Es decir, en cualquier caso, quien se encuentre en mejor situación de aportar los elementos de prueba, asume la responsabilidad o el peso de entregar o aportarlos, y el juez valorará su conducta en caso de negativa o de no hacerlo.

De otro lado, con respecto a la carga dinámica, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, manifestando que la carga de probar le compete a quien tiene afirmados hechos relacionados a solicitud o pretensión, de lo contrario, quien los contradice señalando nuevos hechos, conforme lo establece el artículo 196 de la norma procesal civil.

En esta directriz, la carga probatoria dinámica constituye un aislamiento de los preceptos o pautas regulares del repartimiento de la carga probatoria, y las consecuencias que trae consigo, por lo que es importante establecer nuevas normas de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probando sobre la

parte que tiene mejores condiciones ya sea técnicas, fácticas o profesiones que permitan producir la prueba respectiva.

1.3. La carga de la prueba regulada en el Perú en el derecho Penal

1.3.1 Nociones Generales

El Código Procesal Civil peruano, en su artículo 196, establece que, la carga de la prueba le corresponde a quien alega hechos que constituyen su pretensión, o a quien los refuta, afirmando hechos nuevos.

Es decir, por regla general, en la norma procesal civil de la legislación peruana, la carga de la prueba recae sobre afirma hechos y por tanto tiene la obligación de probarlos.

Ello tiene sentido en un proceso dispositivo, como es el sistema de justicia civil, donde las partes, actuando en interés propio, deben cargar con las consecuencias de no probar sus pretensiones, no como sanción, sino como la no consecución del beneficio que perseguían, al pretender una decisión judicial que declare o constituya un derecho a su favor. (Reynaldi, 2020)

No obstante, como toda regla tiene excepciones, esta versa la cláusula legal “salvo disposición legal diferente”, con que comienza el dispositivo.

Muestra de ello es encontrado en el artículo 1969 de la norma civil, cuando menciona que “El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Y

es que el dolo, en el proceso civil, se presume, siendo el autor quien tendrá que probar una actuación por error o desconocimiento o, en su caso, guiada con el cuidado debido. (Reynaldi, 2020)

Por otra parte, la situación cambia si nos referimos al Derecho Procesal Penal, donde no se existe una regla determinante respecto a la distribución de la carga onus probando, a diferencia del proceso civil. Por el contrario, la ley le otorga tal deber únicamente al Ministerio Público.

En efecto, el artículo IV.1 del Título Preliminar del NCPP señala que “El Ministerio Público (...) tiene del deber de la carga de la prueba”. En ese sentido, podemos afirmar, que el único sujeto que se encuentra en el deber de probar los hechos materia de investigación penal es el fiscal, mientras que los demás sujetos procesales se encuentran liberados de tal deber.

Por consiguiente, si el imputado afirma o señala hechos proclamando inocencia, tales afirmaciones no le generan la obligación de probarlos. Figura opuesta ocurre con el actor civil.

Asimismo, el Ministerio Público tiene el deber de la carga de la prueba, siempre que no haya actor civil constituido, caso contrario, será obligación del fiscal probar también la pretensión penal como civil. Empero, cuando el agraviado se constituye en actor civil, será éste quien tiene que acreditar su pretensión.

No obstante, dicha interpretación no permite completar una teoría de distribución del onus probando. Por lo que se necesita de un principio que permita explicar de manera clara y firme, quién y cuánto debe probar, a efectos de establecer una pretensión penal; la cual se requiere mediante la presunción de inocencia.

Por lo que, si nos instamos al artículo II.1 del Título Preliminar del NCPP, consideramos que, se necesita de suficiente actividad probatoria, obtenida y efectuada conforme a las garantías procesales.

Entonces, la actividad probatoria está a cargo del fiscal, por lo tanto, debe ser suficiente e idónea, a fin de superar la duda respecto a la hipótesis planteada. Siguiendo esta línea podemos afirmar que la imposición legal del deber de la carga de la prueba, sumada al estándar probatorio derivado de la prevalencia de la hipótesis de inocencia, ante la existencia de duda, permite completar válida y suficientemente, una teoría que proporciona criterios objetivos de distribución de la carga de la prueba. (Reynaldi, 2020)

1.3.2 Las partes en el proceso penal. Funciones. Especial referencia al del MP (en general)

Son aquellas personas involucradas en el proceso penal, llamados también como sujetos principales, según la doctrina, esto quiere decir que sin su presencia el proceso penal sería imposible. Entre ellos, se encuentra el Juez, el Fiscal y el imputado, el cual se encuentra debidamente asesorado por su abogado, quien tiene a cargo su defensa técnica.

Los sujetos secundarios son: al actor civil, el tercero civil responsable; y como otros sujetos que apoyan con su aporte en el proceso tenemos a los testigos, peritos, interpretes, policía judicial y otros.

Sin embargo, parte de la doctrina considera solamente al Fiscal y al imputado como partes del proceso penal, toda vez que originan y desarrollan el proceso penal.

Así también, la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 139, numeral 3, indica que el debido proceso es uno de los pilares de la función jurisdiccional, toda vez que garantiza el derecho de defensa, la misma que se garantiza y desarrolla durante el proceso penal, siempre que se cumplan con las normas que regulan el proceso.

Debemos señalar que El Ministerio Público, es una de las instituciones centrales y autónomas del Poder Jurisdiccional del Estado, y tiene como una de sus funciones principales la “acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos”.

La Constitución Política del Perú de 1993, le reconoce como función “conducir desde su inicio la investigación del delito” y “ejercitar la acción penal”.

De la lectura de todas sus funciones podemos decir que le corresponde al Ministerio Público cumplir con dichas funciones, las mismas que son exclusivas, ya que ninguna otra institución las tiene.

La Constitución mencionada le otorga la atribución y obligación de “conducir desde un inicio la investigación del delito”, esto quiere decir todo tipo de delitos. Así como también, otorga la atribución y obligación de “ejercer la acción penal”, lo que significa ser el titular de la acción penal.

1.3.2 Ley Orgánica

Históricamente, con la Constitución de 1979, el Ministerio Público se aparta del Poder Judicial, y mantiene su institucionalidad y además su normativa con el respaldo de la Constitución de 1993, de esa forma ejerce el monopolio del ejercicio y la persecución pública de la acción penal, promueve de oficio o a instancia de parte dicha acción, esto, conforme con lo señalado por el artículo 159° numerales 1° y 5°, además le compete dirigir la investigación del delito conforme a lo señalado en la Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 159° numeral 4°.

Ahora bien, en el “nuevo” proceso penal, es el Fiscal quien se encuentra a cargo y dirige la investigación preparatoria, es su deber conducir la investigación del delito por mandato normativo y constitucional, por lo tanto, es titular de la carga de la prueba y le corresponde a través de la actividad probatoria probar la culpabilidad de un imputado, y por lo tanto coadyuva a eliminar la presunción de inocencia del procesado. Posteriormente, tiene la obligación de comunicar al Juez de la Investigación Preparatoria sobre los hechos y delito, y asume el ejercicio público de la acción penal, cuando formula la denominada acusación o requerimiento acusatorio escrito. Por otro lado, le corresponde a la parte agraviada, el ejercicio privado de la acción, que viene a ser la única parte autorizada a recurrir directamente ante un Juez Penal, en su condición de querellante, esto, de

conformidad a lo establecido por el artículo 459° y ss., del Código Procesal Penal, sin la intervención del Ministerio Público.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público de 2008, en su artículo 14, menciona expresamente que la carga de la Prueba recae en el Ministerio Público, “en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie”.

En materia penal, en el artículo IV del Título Preliminar del CPP de 2004, se dispone que:

1. El titular de la acción penal en delitos es el Ministerio Público, además de tener el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación.

Se señala entonces como una de las funciones básicas del Fiscal, el deber de la carga de la prueba y la conducción o dirección de la investigación.

El Sistema acusatorio se consagra mediante el mandato constitucional, el cual señala la conducción de la investigación de un delito por el Ministerio Público, quien es el titular de la carga y tiene la obligación de viabilizar el principio de oficialidad.

1.4.La carga de la Prueba en el proceso de extinción de dominio en el Derecho comparado

1.4.1. Colombia

La figura de la “extinción de dominio” se utiliza como un mecanismo de lucha por la reparación de víctimas y restablecimiento del derecho, no obstante, esta institución advirtió una serie de problemas interpretativas a fin de ser aplicado en cualquier escenario.

La Corte colombiana realizó una revisión constitucional en materia de confiscación y asumió tres alternativas de decomiso bajo este concepto: decomiso de instrumentos utilizados, decomiso del producto y decomiso de bienes equivalentes al producto como formas de extinción de dominio (Acosta, 2005).

Trilleras (2009) señala que, en materia de extinción de dominio, al Estado le corresponde, en la fase inicial, el acopio de pruebas directas o indiciarias conducentes que demuestren la identificación de los bienes para su determinación y los hechos en que se funda razonablemente la relación de causalidad entre estos y las causales para su afectación, lo cual se plasma en la resolución de inicio del trámite de extinción de dominio.

Al establecer la Litis mediante la notificación de la resolución que da inicio al proceso y establece los afectados, se direcciona la carga de la prueba a estos mismos, a fin de que presenten sus alegatos u oposiciones frente a la pretensión estatal; ofreciendo pruebas, por lo que corresponde a los afectados eliminar la pretensión por el Estado presentando pruebas que consideren pertinentes a efectos

de esclarecer los hechos. Luego, da origen al interés del afectado en proteger el derecho que tiene respecto al bien frente al interés del Estado.

El fundamento de trasladar esa carga, es porque él se encuentra en mejor posición respecto a lo señalado en la norma, es decir a lograr el efecto jurídico que se requiere.

- Regulación constitucional y definición

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2009), indica que la Constitución de 1991 de Colombia otorga a la propiedad privada una relación íntima con los valores y principios ético-sociales que fundan el Estado, y que faculta a este derecho un rol social, los cuales son imprescindibles para entender la naturaleza y conceptos de extinción de dominio en Colombia.

Luego, UNODC (2015) indica que el artículo 34 del referido cuerpo normativo tiene un concepto no definido de la figura de extinción de dominio, debido a que, se limitaría a disponer que, mediante sentencia judicial, se declarará extinguido el derecho de dominio de los bienes obtenidos por enriquecimiento ilícito, en perjuicio de las arcas del estado.

En razón al régimen constitucional de la propiedad en Colombia, este proceso posee las siguientes características:

- Naturaleza de la institución:

Es declarativa, esto quiere decir que el dominio no se pierde por el resultado de una sentencia, sino por la existencia de alguna de las causales establecidas. La sentencia declara el acaecimiento de la causal y efectúa el traslado de la titularidad de los bienes a las arcas estatales, sin contraprestación alguna.

1.4.2. El Salvador

De conformidad al artículo 19, el derecho de acción de dominio corresponde a la Fiscalía General de la República, la cual debe contar una unidad especial, compuesta por Fiscales Especializados en Extinción de Dominio (FEED), es así que la FGR cuenta con la Unidad especializada en extinción de dominio y esta unidad de dominio en el país de El Salvador .Además las partes en este proceso son el afectado y su procurador, el fiscal especializado y el juez especializado, eventualmente podrían intervenir terceros, llamados terceros de buena fe exentos de culpa, quien también deben intervenir por medio de un procurador para que los represente dentro del proceso.

Este proceso, tiene una ley que contempla la existencia de juzgados especializados en esta materia, con residencia en San Salvador y con competencia en todo el país, la Cámara Especializada en Extinción de Dominio (CEED), que aún no está creada, conocerá en segunda instancia, por el momento las funciones las desarrolla la Cámara primer de lo penal de la primera sección del centro.

1.4.3 Guatemala

La ley de Extinción de dominio en Guatemala, como en la mayoría de países latinoamericanos, es el resultado de la Convención de Palermo o Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos adjuntos, lo que la hace posterior a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

En la Convención de Palermo del año 2000, se agregaron nuevos instrumentos procesales para el combate de la delincuencia organizada, cuya normativa subsume a la del tráfico de estupefaciente. En referencia a la carga de la prueba, la Convención, manifiesta que se debe respetar cada legislación interior del Estado Parte correspondiente, dejándolo a la competencia de cada país.

La ley de extinción de dominio en Guatemala, es el primer esfuerzo que realiza Guatemala, para una lucha frontal contra la adquisición de bienes, capitales que provengan de ganancias de actividades ilícitas cometidas por la delincuencia organizada.

Por estas razones y para combatir y repeler de mejor manera esa lucha, fue necesario la elaboración de la Ley de Extinción de Dominio, teniendo como precedente el éxito, funcionabilidad de dicha figura normativa en países de América como Colombia y México. En ese sentido, se promulgó la Ley de Extinción de Dominio en Guatemala, pero no se realizó ninguna reforma constitucional, a diferencia de otros países.

Por consiguiente la extinción de dominio, se fundamenta en la necesidad de no reconocer los derechos reales a los detentores o poseedores de bienes y derechos cuyo origen sea ilícito, puesto que cuando se realiza o ejecuta un ilícito penal por parte de la delincuencia organizada, el fin es producir ganancias o consecuencias lucrativas, generando de esta manera un patrimonio ilícito; a razón de ello, el ordenamiento jurídico responde privando a los partícipes o un tercero de dicho patrimonio, disponiendo la titularidad de dichos bienes o derechos al Estado de manera directa y vista como una medida de autoprotección de parte del Estado.

1.4.4 Costa Rica

Las características principales de la institución de extinción de dominio costarricense, es que posee una naturaleza jurisdiccional, dado que debe ser declarada por un juez en una sentencia luego de haberse concluido con un proceso judicial, el cual, debe ser autónomo e independiente de cualquier otro, mediante una investigación y se otorgue al afectado el derecho de ejercer su defensa.

Otro aspecto de especial relevancia concerniente a esta figura jurídica es que se considera de carácter real, porque está dirigida a perseguir bienes y no a juzgar la culpabilidad de las personas en cuanto a la comisión de algún hecho ilícito, pues esto es de conocimiento de los procesos penales. (Fernández, 2017)

Además, dentro de las principales características de la extinción de dominio es la retrospectividad de su aplicación, la cual se rige en el numeral 28 del texto

sustitutivo: “La fase de investigación patrimonial de los hechos que puedan configurar alguna causal de extinción de dominio previstas en esta ley tendrá carácter retrospectivo por un plazo de diez años a partir de la vigencia de la presente ley”.

Se interpreta que la acción procesal de extinción de dominio busca la declaración en sentencia de la extinción de patrimonios contrarios al ordenamiento jurídico adquiridos ilegalmente, partiendo de la naturaleza de afrontar la criminalidad organizada, por lo que, no merecen del amparo judicial.

1.4.5. México

Tres son las partes en el procedimiento de extinción de dominio mexicano:

- El Ministerio Público, como actor.
- El demandado, es decir el titular o dueño de los derechos reales; y
- Las personas que se consideren afectados por la acción de extinción de dominio y acredite tener un interés jurídico respecto a los bienes materia de la acción de extinción de dominio.

Además, la naturaleza jurídica de la extinción de dominio en México, se regula en la misma ley, esta tiene un carácter civil como lo señala en sus artículos 5 y 10 . La norma indica que tiene carácter real y contenido patrimonial, además de determinar que el procedimiento es autónomo al proceso penal.

En contraste, Colina (2010) refiere que la misma norma advierte la correlación que tiene con otras materias y que presume que la naturaleza de extinción de dominio no es precisamente civil, sino que tiene también naturaleza administrativa y penal, denominada híbrido. Respecto a la naturaleza civil, indica que el carácter real y patrimonial de la extinción de dominio del proceso, la colocan dentro del ámbito civil, por ser parte de los derechos reales como los bienes sujetos a la pérdida de dominio; comprendiendo al dominio como la titularidad sobre un objeto físico, esto es, es un derecho real que se atribuye a su titular el poder o señorío más extenso sobre un determinado bien dentro de los límites institucionales, y que conforme a la doctrina civil refiere a la propiedad, y esta es el poder jurídico que ejerce un individuo de forma directa e inmediata sobre un determinado bien a fin de aprovecharlo jurídicamente, además de ser oponible a un sujeto pasivo universal en mérito del vínculo jurídico que se origina entre el titular y el tercero.

Respecto a la naturaleza administrativa, Colina (2010), señala que, parte de la comparación de la extinción de dominio con la expropiación, indicando que en ambas instituciones se desprende de la propiedad a un particular en donde los bienes pasar a ser titularidad del Estado, mientras que en la expropiación se encuentra la causa de utilidad pública y la indemnización.

Además, se considera que en aquellos casos en los que procede la devolución de los bienes se atenderá a lo establecido por la Ley Federal para la Administración

y Enajenación de Bienes, ley de naturaleza administrativa, además, añade que de sustanciarse un incidente con relación a la devolución de los bienes éste deberá tramitarse vía contencioso-administrativa. (Gamboa, 2012)

Respecto a la naturaleza penal afirma que le da este carácter, partiendo de que la figura de la extinción de dominio nace de la presunción fundamentada o no, de un hecho delictivo; la parte actora es el Ministerio Público, quien con motivo de la investigación criminal que lleva a cabo conoce de los hechos ilícitos que se encuentran regulados por una legislación de materia Penal. (Colina, 2010)

La figura de extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal.

La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado. A su vez, los bienes a que se refiere el artículo 2, son las cosas materiales que no están excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles y todo aquel derecho real y personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación.

1.4.6. Normas internacionales que otorgan contenido a la “Carga de la Prueba”

a) Convención de Viena (1998)

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; documento internacional que contiene conceptos y disposiciones que coadyuvan al derecho interno, en la lucha contra las organizaciones criminales, atacando sus bienes ilícitamente obtenidos.

Con respecto a la Carga de la Prueba, esta norma indica que las partes tienen la probabilidad de cambiar la carga de la prueba en relación al origen ilícito del bien sujeto a decomiso, siempre que este sea coincida con su derecho interno.

Como podemos observar, este instrumento internacional faculta a los Estados partes a utilizar la inversión de la carga de la prueba contra organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas y el lavado de activos; es decir, la inversión de la carga de la prueba no es un mito. (Chávez, 2018)

b) Convención de Palermo

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional; en su artículo 12 desarrolla la figura de la incautación como el decomiso, indicando que los Estados partes adoptaran las medidas que sean necesarias para que los bienes ilícitamente obtenidos por las organizaciones criminales reviertan a favor del Estado; en cuanto a la carga de la prueba, señala que los Estados Partes tienen la facultad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito de los bienes materia de decomiso, en la medida que sea acorde a los principios del derecho interno y de índole del proceso judicial y otros actos conexos.

c) Convención de Estrasburgo

En el artículo 2 del Convenio sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito, indica que cada sujeto adoptará medidas legales o de otra naturaleza que puedan ser necesarias para decomisar productos de un ilícito, o de las propiedades que corresponda a los bienes. Además, delimita que cada una de las partes adoptará medidas que permita identificar y establecer propiedades que sean susceptibles de decomiso y evitar que se enajenen o transfieran.

d) Convención contra la corrupción

En el año 2003, La convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, señala que los Estados podrán considerar reclamar a un procesado que pruebe el origen lícito del supuesto ilícito o los bienes puestos a decomiso, que correspondan a los principios fundamentales de su derecho interno y del proceso judicial.

e) Ley Modelo sobre Extinción de Dominio

En el año 2011, el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (Unodoc), publicó la Ley modelo sobre extinción de dominio; con relación a la prueba, la norma se adhiere a la teoría dinámica de la prueba, regulando en

su artículo 35° que corresponde a cada parte probar los fundamentos que sustentan su posición.

f) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

Una de las principales normativas internacionales es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas: La presente convención al igual que las demás convenciones y tratados internacionales no imponen a los Estados sobre el trato acerca de la carga de la prueba, solamente le hacen mención o recomendación como en su Artículo 2, indicando que los sujetos procesales adoptarán medidas necesarias para delimitar los delitos en relación a su derecho interno.

En otras palabras, dicha Convención, informa que esta al ser firmada y ratificada por los Estados Parte, estos se comprometen a legislar sobre los delitos reconocidos en la Convención, y al diseñar y poner en vigencia la normativa pertinente, siguiendo los mandatos constitucionales y los principios procesales internos, la carga de la prueba les corresponde a los órganos responsables en cada Estado Parte.

La Convención es un instrumento solo complementario de las normas internas de cada país, es por ello que resulta fuera de todo orden del Derecho

Internacional, que esta Convención intervenga en la forma en que se va a legislar sobre los delitos reconocidos en ella. Asimismo, en su artículo 4:

- Se dispondrá que por la comisión de ilícitos regulados conforme lo establecido en el primer párrafo del referido artículo, se apliquen sanciones en proporción al delito, como sanciones pecuniarias, decomiso y pena de prisión de libertad.

-Los sujetos podrán disponer que de manera complementaria a la resolución que determina la condena y establece la culpabilidad, el procesado pueda tener otro tipo de medidas como educación, tratamiento, reinserción social, entre otros.

1.5. La Carga de la Prueba en la extinción de dominio en el Perú.

1.5.1. El proceso de extinción de dominio en el Perú

El aumento de la criminalidad ha establecido nuevos desafíos y los Estados se han visto en la obligación de regular el decomiso de bienes e ingresos obtenidos a través del enriquecimiento ilícito. La lucha contra la criminalidad se establece como un “impedimento económico” y de esta manera enfrentar la delincuencia con fines de lucro, conforme lo señala la Oficina. (UNODC, 2009).

El decomiso de bienes es entendido como la medida que busca limitar al agente de los productos que empleó para la realización del ilícito o bienes que adquirió como consecuencia del delito. En esta línea, el decomiso es tratado fuera del proceso penal, mediante una acción real y autónoma debido a la consideración de

los supuestos que la regulan sobre la acción de decomiso resulta insuficiente (Villegas, 2013).

Existen otras figuras que pueden ser confundidas con la extinción de dominio, debido a que su aplicación está vinculada con bienes y hechos delictuosos, tales como el decomiso, el comiso, la incautación, por lo que se considera necesario indicarlo estableciendo su aplicación y diferencias entre ellas. Ello debido a que, cuando se presenta un instrumento jurídico como la extinción de dominio, lo primero que requiere de análisis y concreción es su naturaleza jurídica (Goite, 2014). Sin embargo, la pérdida de dominio da respuesta a criterios de política criminal, por lo que la normativa que regula la extinción de dominio está sujeta a convenciones internacionales.

En el caso del Perú, la lectura de la extinción de dominio considera y toma en cuenta a la legislación internacional de control al tráfico ilícito de drogas y al manejo de dinero y bienes al que se refiere, sin embargo, se emplea a su vez un marco jurídico interno que se refleja en el plan nacional de lucha contra Lavado de Activos. El dinero lavado pone en evidencia la ejecución de delitos que van quedando impunes y admite que las organizaciones criminales resuman su participación en más delitos.

Como idea fundamental, debemos señalar que todo ordenamiento jurídico, en su constitución, protege al patrimonio, pero el patrimonio que ha sido obtenido de manera lícita o dentro del marco de la ley, es decir si éste fue adquirido producto

de actividades ilícitas o al margen de la ley, podemos señalar que el derecho de propiedad no ha sido adquirido, pudiendo ser objeto de extinción de dominio.

Nuestra Constitución en su artículo 70°, regula el derecho de propiedad, indicando que es de carácter inviolable, el mismo que es ejercido bajo los lineamientos del bien común y dentro de los lineamientos legales establecidos. Por lo tanto, es un derecho que no puede ser privado, salvo por seguridad nacional o de ser declarado por la ley, previo pago de indemnización que incluya compensación por un ocasional perjuicio.

1.5.1.1 Ámbito de aplicación decreto 1373

Conforme al decreto N° 1373, éste abarca a todo bien patrimonial (objeto, instrumento, efecto o ganancia), que tenga relación o proceda de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, entre otros.

1.5.2 Principios conforme a lo establecido en el decreto 1373°

a. Nulidad: Son aquellos actos que versan sobre bienes o productos que contravengan el marco jurídico, son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de aquellos que tengan buena fe.

El Juez de extinción de dominio para declarar la extinción de dominio de bienes, no tiene la necesidad de declarar la nulidad de los actos jurídicos (contratos u otros) que nacen de las actividades ilícitas, porque estos son nulos de pleno derecho, siempre sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

b. Especialidad: Los vacíos y ambigüedades que advierta la norma, ya sea en su interpretación o aplicación, serán resueltos según la propia naturaleza y principios del proceso que regula.

Dada la naturaleza especial del proceso de extinción de dominio (se realiza una indagación patrimonial, sobre bienes de origen ilícito, que nacen del crimen), podemos encontrarnos con casos que los principios del derecho civil no son suficientes.

c. Autonomía: Es un proceso independiente de los demás procesos, u otra naturaleza jurisdiccional.

No se necesita incluso sentencia previa, no puede indicarse o invocarse la prejudicialidad, porque la prueba es distinta a la prueba de penal, no se investiga al requerido como persona, lo que se investiga son sus bienes.

d. Dominio: La custodia de la propiedad u otros que recaen sobre bienes patrimoniales, se expanden de manera exclusiva a los que recaigan sobre bienes adquiridos lícitamente o estén orientados a fines que coinciden con el ordenamiento jurídico.

Se debe entender que también se deben utilizar los bienes adquiridos lícitamente no contraviniendo el ordenamiento jurídico, caso contrario podrían ser materia de extinción.

e. Aplicación en el tiempo: Son independientes aquellos presupuestos que se hayan suscitado antes de la vigencia del decreto legislativo 1373.

La extinción de dominio es retrospectiva, al regular acontecimientos antes de su vigencia, específicamente por no haberse fortalecido el derecho de dominio,

por el carácter ilícito de los bienes, en otras palabras, podría decirse que es intemporal, el transcurso del tiempo no convierte los bienes ilícitos en lícitos.

f. Tutela jurisdiccional y debido proceso: Este derecho se desarrolla en el proceso, conforme a lo establecido en el inciso 3 del art. 139 de la Carta Magna; así como los derechos a la prueba, la defensa, la doble instancia, entre otros.

No se debe entender que a las personas se les va a despojar de sus bienes sin una indagación patrimonial suficiente y un debido proceso.

g. Publicidad: Es de carácter público, el cual inicia desde la notificación del auto que admite la demanda o desde que se concretan las medidas cautelares.

Mientras que los actos desarrollados desde el inicio de la indagación son de carácter reservado.

h. Cosa Juzgada: Se aplica la cosa juzgada, siempre que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento.

i. Carga de la prueba: Se debe ofrecer prueba por parte del Ministerio Público y el requerido puede oponerse a dichas pretensiones y ofrecer pruebas.

1.5.3 Concepto de la Extinción del Dominio

Es una consecuencia jurídica patrimonial que transporta a las arcas del Estado la titularidad de los productos o bienes que son objeto, instrumento o efecto o ganancias de actividades ilícitas, a través de una sentencia que respete el debido proceso.

1.5.4 Etapas en el proceso de extinción de dominio:

a) Etapa de indagación patrimonial: Reservado, lo hace el fiscal, finaliza con el archivo o con la presentación de la demanda.

En esta etapa el FISCAL está facultado para:

Emplear medio probatorio y técnicas de indagación pertinentes, garantizando el respeto de derechos.

Así también, se pueden solicitar al órgano jurisdiccional las medidas cautelares necesarias para asegurar los bienes inmersos en la indagación.

Y, de manera excepcional se pueden ejecutar las medidas cautelares de:

- Inmovilización
- Incautación
- Inhibición o
- Inscripción

Presentar la demanda de extinción de dominio o disponer el archivo, conforme a la norma.

b) Etapa judicial: Inicia con la admisión de la demanda y concluye con la sentencia.

El Fiscal debe ofrecer con la demanda, los elementos materiales probatorios o evidencias físicas que sustenten su teoría del caso (art.2.9 D.L.1373).

El requerido podrá presentarse y oponerse a las pretensiones de la fiscalía con prueba de su dicho. (ofrece elementos materiales probatorios o evidencias en la contestación de la demanda)

1.5.5 Objeto de la Indagación Patrimonial

- Ubicar, identificar, individualizar los bienes o el patrimonio
- Recopilar elementos materiales probatorios o evidencias que evidencien cualquiera de los presupuestos
- Desvirtuar la presunción de buena fe exenta de culpa
- Localizar titulares y terceros
- Acreditar el nexo de relación entre los bienes los presupuestos y cualquiera de las actividades ilícitas
- Solicitar las medidas cautelares o decretarlas y solicitar el levantamiento del secreto bancario, tributario o bursátil

1.5.6 Procedimiento Fiscal

Finaliza cuando cumple su objeto, en el plazo de máximo de doce (12) meses prorrogables por un tiempo igual

O en los casos declarados complejos en treinta y seis (36) meses prorrogables por igual término por una sola vez

1.5.7 Procedimiento Judicial

- Admitida la demanda por el órgano jurisdiccional, se notifica dentro de los 2 días siguientes hábiles a la expedición de la resolución.
- La demanda debe ser contestada por el requerido dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la admisión de la demanda, ofreciendo los medios probatorios que considere para sustentar su pretensión.
- Al concluir este plazo, el juez señala fecha y hora para la audiencia inicial.

- Finalizada esta audiencia, el órgano jurisdiccional fija fecha para la audiencia de actuación de medios probatorios.
- Concluida la actuación de medios probatorios, se presentan los alegatos por las partes.
- Concluida la audiencia el juez emite sentencia, dentro de un plazo no mayor a 15 días.
- La sentencia puede ser apelada ante el juez de primera instancia dentro de los 10 días siguientes
- El recurso es admitido o rechazado en un plazo de 3 días hábiles.
- Admitido el recurso se envía el expediente a la respectiva Sala.
- La sala fija fecha para la vista de la causa dentro de los 15 días hábiles siguientes de la elevación del expediente y cita a los interesados
- La apelación se resuelve dentro de los 15 días hábiles de realizada la audiencia
- Si la Sala anula la sentencia, el expediente regresa al Juez de primera instancia, a fin de que emita nueva sentencia, si revoca o confirma se entiende finalizado el proceso de extinción

En los países latinoamericanos se viene implementando el proceso de extinción de dominio o pérdida de dominio, para la lucha contra el crimen organizado y el tráfico ilícito de drogas.

Es por ello que, conforme lo he venido indicando y se precisará más adelante la redacción del Principio de la Carga de la Prueba en la ley de extinción de dominio es inadecuada.

CAPÍTULO II METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Diseño metodológico

Es una investigación cualitativa, ya que describe la problemática sobre la confusa redacción del principio “Carga de la Prueba” en el proceso de extinción de dominio, previsto en el Decreto Legislativo 1373, además de analizar las consecuencias jurídicas que recaen en dicho proceso, ante un posible escenario de prueba insuficiente.

Si bien es cierto realizando una lectura de la norma, cualquier operador del derecho o ciudadano de a pie, no podrá entender a quién le corresponde la carga de la prueba; por lo que a fin de que mínimamente ello se vea reflejado en la realidad, se realizó un procedimiento de muestreo aleatorio simple a 20 operadores del derecho de diferentes instituciones públicas y privadas, realizándose una guía de entrevista, a fin de evidenciar la confusión respecto a quién le corresponde probar o quién tiene la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio; teniendo como resultado, diferentes respuestas contradictorias, lo que confirmó que evidentemente existe confusión al respecto.

2.2. Aspectos éticos

Se ha respetado los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación.

CAPÍTULO III RESULTADOS

3.1. La carga de la prueba como principio

En primer lugar, debo señalar, que la regulación del principio de la carga de la prueba en la Ley de extinción de dominio, después de sus múltiples modificaciones, resulta ser poco claro e insuficiente, no pudiéndose advertir de forma contundente, quien tiene la carga de probar, en estos procesos, si es el Ministerio Público, el requerido o incluso ambos.

Para poder advertir esta inconsistencia normativa, y poner en contexto al lector de la investigación, he realizado 20 entrevistas objetivas, mediante las cuáles he podido corroborar, que efectivamente nos genera un problema la redacción actual de la norma, que nos permite concluir a algunos que la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público, a otros el requerido y otros tantos consideran que la carga de la prueba les corresponde a los dos sujetos procesales.¹

¹ **RESULTADOS GUÍA DE ENTREVISTA**

Dirigido a representantes del Poder Judicial, Ministerio Publico, abogados litigantes.

TÍTULO: LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

1.- La Carga de la Prueba, como regla de juicio, permite al juzgador identificar:

- a) Quien debe aportar prueba en el proceso
- b) Quien pierde en escenarios de prueba insuficiente
- c) Otro

2.- En su experiencia, en algún proceso judicial, el Juez ha recurrido a la Institución Jurídica de la Carga de la Prueba, como regla de juicio, para fundamentar su decisión final:

- a) Si
- b) No
- c) Otro

3.- En su opinión, en el proceso de extinción de dominio, que “*tiene como finalidad garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales...*” y que se “*aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de actividades ilícitas...*”; quien debe perder el proceso en escenarios de prueba insuficiente:

- a) El Ministerio Público
- b) El requerido
- c) Otro

4.- Conforme a lo prescrito en el artículo 2.9 del Decreto Legislativo N° 1373 (“*Carga de la prueba: para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien. Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo*”), quien tiene la carga de la prueba-como regla de juicio- en el proceso de extinción de dominio:

- a) El Ministerio Público
- b) El requerido
- c) Otro

5.- En su experiencia, en algún proceso judicial, el Juez (o Usted como Juez) ha recurrido a la Institución Jurídica de la Carga de la Prueba, como regla de juicio, para fundamentar la conclusión del proceso:

- a) Si
- b) No
- c) Otro

<u>N°</u>	<u>Entrevistado</u>	<u>Cargo</u>	<u>Pregunta 01</u>	<u>Pregunta 02</u>	<u>Pregunta 03</u>	<u>Pregunta 04</u>	<u>Pregunta 05</u>
1	Ángel Gonzáles Flores	Fiscal Adjunto Provincial	A	A	B	B	C
2	Andrey Atilio Galvez Ricse	Coordinador del área penal de la Procuraduría Pública del MINJUS	A	A	B	B	A
3	Dina Úrsula Morales Cruz	Especialista de Audiencia	C	A	B	B	C
4	Aníbal Muñoz Olivares	Asistente en función fiscal	A	A	B	B	A
5	Claudia Lisseth Susano Morante	Fiscal Adjunto Provincial	A	A	B	B	B
6	Julit Tatiana Ludeña Abad	Asistente en función fiscal	B	A	A	A	A
7	Rurik Medina Tapia	Juez de Investigación Preparatoria	A	A	B	B	B

Las entrevistas pretendían corroborar 2 situaciones respecto al principio de la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio, que no podemos entender por la forma en la que se encuentra redactada en la norma.

La primera referida a qué entiende nuestra comunidad jurídica por carga de la prueba, como regla de juicio; puesto que se encuentra en nuestro inconsciente

8	Milka Calderón Quesada	Fiscal Adjunto Superior	A	A	B	B	A
9	Elvis Paul Crisóstomo Vásquez	Fiscal Adjunto Superior	B	A	A	B	A
10	Martín Méjico Leaña	Fiscal Adjunto Provincial	B	A	A	A	B
11	Milagros J. Palomino Carrasco	Asistente en función fiscal	A	B	A	C	B
12	Silvia Lázaro Arévalo	Abogado Certificador	C	A	C	C	A
13	Juan Gerardo García Matallana	Fiscal Adjunto Provincial	B	A	A	A	B
14	Ariane Bagatulj De La Cruz	Asistente en función fiscal	C	A	A	A	B
15	José Héctor Chávez Pérez	Asistente en función fiscal	B	B	B	B	B
16	Hamilton Casto Trigoso	Fiscal Provincial	B	B	A	C	B
17	Manuel Alejandro Monasi Ormeño	Consultor del Basel Institute on Governance-Sucursal Perú	A	B	B	B	B
18	Jackson Giuseppe Torres Díaz	Relator – Poder Judicial	A	A	A	A	A
19	Carlos Adan Cárdenas Soza	Asistente en función fiscal	A	B	B	B	B
20	Hussein Contreras Esquivel	Asistente en función fiscal	C	B	A	C	B

jurídico, la prerrogativa de que el principio de la carga de la prueba, es solo y únicamente referido a aquel sujeto procesal que debe aportar prueba en el proceso; olvidando la concepción que este principio y sobre todo como regla de juicio está referido a la decisión final de quien pierde el juicio en escenarios de prueba insuficiente.

La segunda corroboración, era evidenciar que efectivamente existe un problema en la redacción de la norma, confundiendo a los operadores jurídicos, pues, no se sabe con exactitud a qué sujeto procesal le corresponde la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio.

Concluyendo pues que, de las 20 entrevistas realizadas a diferentes funcionarios y servidores del Ministerio Público, del Poder Judicial y abogados litigantes, respecto al primer problema sobre el principio de la carga de la prueba relacionado a la pregunta:

La Carga de la Prueba, como regla de juicio, permite al juzgador identificar:

- a) Quien debe aportar prueba en el proceso***
- b) Quien pierde en escenarios de prueba insuficiente***
- c) Otro***

Resultado: 10 entrevistados, respondieron marcando a); 6 marcando b) y 4 marcando c).

Es decir, la mayoría de los entrevistados considera que el principio de la carga de la prueba, en juicio, está únicamente relacionado a la aportación de pruebas.

Respecto al segundo problema referido a la redacción de la norma, respecto a quien tiene la carga de la prueba en el proceso, relacionado a la pregunta:

4.-Conforme a lo prescrito en el artículo 2.9 del Decreto Legislativo N° 1373 (“Carga de la prueba: para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien. Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo”), quien tiene la carga de la prueba-como regla de juicio- en el proceso de extinción de dominio:

- a) El Ministerio Público***
- b) El requerido***
- c) Otro***

Resultado: 5 entrevistados, respondieron marcando: a) 11 marcando b) y 4 marcando c).

Es decir, la mayoría de los entrevistados considera que la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio, la tiene el requerido, por lo tanto, cuando se concluye el juicio con prueba insuficiente, el que pierde el proceso es el requerido y no el Ministerio Público.

Dada la poca uniformidad al entender el principio regulado en la norma de extinción de dominio, es que se hace necesario la revisión y adecuada regulación propuesta en la presente investigación, y de esta manera otorgándole el contenido que le corresponde como principio, los jueces recurran a esta figura y resuelvan adecuadamente cuando los hechos no fueron probados suficientemente y por lo tanto se emita un pronunciamiento

acorde a derecho y respetando el debido proceso, por lo que la carga de la prueba debe reconocerse como una regla subsidiaria de juicio.

Entender al principio de carga de la prueba como, regla de juicio, es entenderla como aquel criterio que guía al juez cuando se encuentra en un déficit probatorio, o insuficiencia probatoria, por lo que, a fin de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva, puede recurrir a esta figura.

Como bien señala Chávez (2018), el proceso de extinción de dominio (pérdida de dominio), debe llevarse dentro de los principios de un debido proceso; en consecuencia, la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, vale decir, es el fiscal que tiene la obligación de establecer la ilicitud del origen de los bienes o demostrar que han sido utilizados en una actividad delictiva; empero la noma establecía “Sin perjuicio que la parte afectada debe acreditar el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda. Si bien es cierto, el proceso es de carácter real, el fiscal, como titular de la acción, tiene que obtener los elementos probatorios que permitan determinar que los bienes tienen origen ilícito; empero, el requerido se encuentra en la facultad de refutarla; lo cual no debe entenderse como inversión de la carga de la prueba ni que se violentan los principios del debido proceso.

Según Devis (2002) se deben distinguir los dos aspectos de la noción de carga de la prueba como principio, a saber: 1º) por una parte, constituye una regla para el juzgador o el juicio, ya que delimita como debe fallar en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales debe emitir su decisión, 2º) el otro aspecto, versa en una regla de conducta para las partes, ya que de manera inmediata indica cuales son los hechos que les

interesa demostrar a fin de ser considerados como ciertos por el juzgador y así puedan servir de sustento para su pretensión.

3.2. Interpretación del Numeral 2.9 del Artículo II del Decreto Legislativo 1373.

Como bien señala Jiménez (2018) si durante la indagación, el Ministerio Público recopila elementos de convicción suficientes que permiten ofrecer medios de probatorios que permitan generar certeza y convicción al juzgador, en cuanto a la ilicitud del bien, declarará fundada la demanda y consecuentemente la extinción del bien; lo mismo sucedería si la prueba aportada por el Ministerio Público es escasa, sin embargo el juez se crea convicción en mérito al material probatorio entregado por el requerido, en ambas situaciones, al existir prueba suficiente, la carga de la prueba no jugaría ningún rol.

Si el Ministerio Público aporta suficiente material probatorio y el requerido aporta prueba insuficiente, nos encontraríamos ante el mismo resultado; sin embargo, es necesario tener en claro que el requerido pierde el proceso, no porque su prueba es escasa, sino, porque la fiscalía, acreditó el supuesto de hecho que ocasiona la consecuencia jurídica.

Si bien el Ministerio Público, asiste la prueba, pero conforme a la valoración judicial, no es suficiente, y el requerido solo cumple un rol pasivo, por lo tanto, no ofrece prueba, el órgano jurisdiccional necesariamente debe acudir a la regla

de la carga de la prueba, es decir, verifica o comprueba que a la fiscalía le correspondía probar el hecho y emitirá infundada la demanda.

Por último, en el supuesto que el Ministerio Público aporte prueba insuficiente (de origen ilícito), y el requerido también (origen lícito), ¿quién pierde? La respuesta es relativamente fácil, dichas presunciones no están prescritas en la norma; sino, la solución se logra con el uso de la carga de la prueba.

Responder a la pregunta, quien pierde?, no puede responderse de forma contundente, porque la norma es imprecisa, y hemos escuchado a diferentes estudiosos de la materia (Perú) que la carga de la prueba es dinámica en el proceso de extinción de dominio y por lo tanto le corresponde a ambos; entonces como resolvería el juez en caso el Ministerio Público y el requerido presenten prueba insuficiente, ello dependerá únicamente del saber y entender del Juez, lo que generaría como ya se ha mencionado inseguridad jurídica, porque no estamos incluso, frente a la figura de la inversión de la carga de la prueba.

Debemos señalar, por otro lado, que los antecedentes internacionales del este nuevo proceso de extinción de dominio en el Perú, se hallan en las Convenciones de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000), contra la Corrupción (Mérida, 2003); el Convenio de la Unión Europea sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los Productos de un Delito (Estrasburgo, 1990). (Villareal, 2020), instrumentos internacionales, que

señalan que cada una de las partes (Estados) considerarán la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito de los bienes; situación que no se ha consagrado en nuestra norma de extinción de dominio, sin embargo, no ha quedado consagrado en la actual norma, quien finalmente debe ser el portador de la carga de la prueba.

En 1996, se promulgó por primera vez la Ley de Extinción de dominio Colombiana (Ley N° 333 de 1996-Colombia), ley que persigue los bienes de manera independiente de la persecución penal. En ese contexto, posteriormente, en el año 2007, nuestro país promulgó el D. Leg. 992, derogado a través de la Ley N° 29212 del 1 de abril del 2008, en el año 2012 posteriormente se promulgó el D. Leg. 1104 y finalmente la Ley de Extinción de dominio D. Leg. 1373 vigente.

Es decir, el antecedente peruano más cercano a la Ley de Extinción vigente, es el derogado D. Leg. 1104, por lo que considero necesario, verificar, cómo fue el tratamiento del Principio de la Carga de la Prueba en esta norma.

La norma establecía los lineamientos que se debían seguir desde la investigación preliminar hasta la ejecución de la sentencia, igual a la vigente.

Como es obvio, en un proceso en el cual se afectan bienes patrimoniales de una persona, que parte de la presunción de licitud de los bienes, de tal manera que el Ministerio Público tiene el deber de demostrar lo contrario; sin perjuicio que la parte requerida acredite el origen lícito de su patrimonio, de acuerdo a lo establecido en el art. 9. 2 De la ley de pérdida de dominio derogada.

De la lectura de la norma derogada, expresamente y claramente se advierte que el Ministerio Público tenía la carga de la Prueba, y era el llamado a probar la imputación de ilicitud del bien.

CAPÍTULO IV DISCUSIÓN

Es innegable que, al tener contacto con la norma de extinción de dominio advertimos deficiencias en la redacción del único artículo que regula el principio de la carga de la prueba; pues no podemos determinar si quien tiene la carga de la prueba es el Ministerio Público, conforme se encontraba regulado en el D.Leg. 1104, o el requerido o ambos sujetos procesales.

La norma entonces, así redactada, no nos brinda mayores detalles, sobre cuál es su importancia y en qué situaciones el juez debe aplicar este principio en juicio.

La presente por lo tanto, es de suma importancia pues conforme se ha desarrollado la carga de la prueba es uno de los principios medulares del proceso de extinción de dominio, y por lo tanto, debemos entender su real trascendencia y el impacto de su defectuosa regulación, que no nos permite identificar claramente quién tiene la carga de la prueba.

Responder a la interrogante ¿a quién corresponde la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio? Y con ello responder ¿quién pierde el proceso ante escenarios de prueba insuficiente?, es una regla de juicio que el legislador facilita al juzgador a fin de que este último, pueda concluir el proceso, por tal motivo y por los efectos que genera en las partes procesales, debe tener un sentido unívoco, por lo que se ha tratado de dotar de sentido y contenido a este principio que, en mi opinión, ha sido redactado en términos ambiguos.

Gutiérrez, (2020) así como otros estudiosos mencionan que en el proceso de extinción de dominio prevalece la denominada carga dinámica de la prueba, transportando a la contraparte (requerido) cierta exigencia que pueda sustentar su solicitud. Al Fiscal le compete la prueba de la relación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias de la actividad ilícita, de acuerdo al caso. Mientras que, a la parte requerida se le obliga acreditar el origen lícito de los productos o bienes, ingresando material probatorio pertinente, conforme lo establece el numeral 2.9 del artículo II del Título Preliminar del decreto materia de estudio. Este precepto normativo refiere que, para la admisión de la demanda, le corresponde al Ministerio Público ofrecer pruebas o indicios que permitan deducir el destino u origen ilegal de los bienes. Luego de haber sido admitida, le corresponde al requerido exponer el origen o destino lícito del mismo.

Bajo esa lógica el fiscal debe ofrecer informes policiales, actas de intervención, jurisprudencia, entre otro tipo de documentos que expongan la actividad ilícita de los afectados. Esto coadyuva a que el juez pueda determinar la existencia de presunto origen ilícito de un bien, que será materia de indagación.

De lo antes indicado, el fiscal en su demanda debe ofrecer las pruebas que conformen el origen o destino ilícito del bien. Por tanto, debe presentar documentación como informes, actas, sentencias firmes y/o ejecutoriadas que expongan de manera probable la actividad ilícita de los requeridos. Esto conducirá al juez a establecer la existencia de presunto origen ilícito del bien que deberá ser desarrollado en la respectiva audiencia, en la cual se indicará los presupuestos planteados por el fiscal.

Si bien, muchas veces los demandados no tienen una conducta activa en el proceso, y se dedican a señalar como errónea la tesis postulada por el Ministerio Público, no es suficiente para demostrar que el bien posee origen lícito, sobre todo cuando el proceso exige que el requerido debe demostrar con medios de prueba fue adquirido con dinero lícito.

En este sentido, el demandado debe presentar documentación que acredite la licitud de la adquisición, a modo de ejemplo, en el caso de un inmueble, deberá presentar el medio, modo y forma de pago, y lo más importante, los ingresos que permitieron la adquisición, lo cual probará que el dinero está revestido de licitud. Así también, cuando declara ser adquirente de buena fe, debe indicar que no hubo manera de tener conocimiento que el bien era materia de proceso, o que el vendedor adquirió el bien de manera ilícita.

Sin embargo, si bien es cierto las partes deben aportar la prueba, considero que se deja en el limbo o vacío el carácter objetivo de la carga de la prueba, y que, para los fines de esta investigación, resulta ser la más importante; ¿es decir la que relaciona a la carga de la prueba como regla de juicio, es decir quién tiene la carga de prueba en caso de insuficiencia probatoria?, ésta debería tenerla el Ministerio Público.

Porque, que resultaría si el fiscal lleva prueba a juicio y el requerido también lleva prueba a juicio; pero tanto las pruebas presentadas por el fiscal y el requerido no le bastaron al juez, son insuficientes; en este escenario, el requerido tuvo participación activa, quiso demostrar que sus bienes son lícitos, sin embargo, no logró convencer al juez, y el Ministerio Público, llevó prueba también

insuficiente; el Juez como resolvería?; debe declarar fundada la demanda? y despojar de sus bienes al requerido?, en el entendido que debió llevar mejor y suficiente prueba? ¿O debe declarar infundada la demanda?

Consideramos que este problema, lo debe resolver la norma, y por ello debe ser modificada.

CONCLUSIONES

1. La carga de la prueba corresponde a una especie del género denominado carga procesal.

2. El proceso de extinción de dominio es autónomo, y se tramita como proceso especial, por lo tanto, es un proceso distinto e independiente de cualquier otro. Este proceso recae sobre bienes, no sobre personas, y se busca que se le otorgue al Estado, la titularidad de los bienes de origen ilícito.

3. El proceso de extinción de dominio, es de carácter real, íntimamente relacionado a los derechos patrimoniales del requerido y por lo tanto siempre será de contenido patrimonial, no debiendo homologarlo a un proceso penal.

4. Este proceso tiene como objetivo rescatar y otorgar la titularidad al Estado de bienes que hayan sido adquiridos a consecuencia de la comisión de actividades ilícitas.

5. La ley de extinción de dominio contiene el principio de carga de la prueba, sin embargo, su inadecuada redacción, no permite identificar al Ministerio Público, como portador de la carga de la prueba, existe duda a quién le corresponde probar en el proceso, y por lo tanto, de no hacerlo perder en su pretensión.

6. En mi opinión, al Ministerio Público, le debe corresponder la carga de la prueba, máxime si tiene todas las prerrogativas que le otorga la ley y la Constitución para poder determinar objetivamente si un bien tiene origen ilícito, y cuenta con

diferentes técnicas especiales de investigación, restricción de derechos y múltiples formas para determinar y probar el origen ilícito de los bienes.

7. La carga de la prueba impuesta al requerido, debe ser entendida como derecho a aportar prueba y defenderse de la demanda.

RECOMENDACIONES

Conforme al análisis que se ha realizado en la presente investigación referido al principio de “carga de la prueba” recogido en el Decreto Legislativo N°1373, considero, que su redacción es inadecuada, por lo tanto, debe ser modificado, debiéndose redactar el principio conforme a lo descrito en la Ley de Perdida de Dominio derogada D. Leg. 1104, en donde expresamente y claramente se le asignó esta carga al Ministerio Público, proponiéndose que sea ésta la redacción, para que se identifique como portador de la carga de la prueba al Ministerio Público y se solucione el eventual problema, cuando el juez no se convenza si el bien a extinguir es o no ilícito.

REFERENCIAS

1. Airaszca, I. (2004). *Reflexiones Sobre las cargas probatorias Dinámicas*. Editores Santa Fe
2. Cabrera Acosta, B.(1996). *Teoría general del proceso y de la Prueba*. Editorial Ibáñez.
3. Calvino, G. (2017). *La carga procesal y el dinamismo de la norma procesal*. <https://dialnet.unirioja.es/>
4. Couture, E. (1989). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires.
5. Devis Echeandia, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis.
6. Elías Puelles, Juan Diego. (2019). *La carga de la prueba como regla de juicio subsidiaria en el razonamiento de los jueces en el proceso civil peruano*. Tesis de bachiller en Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, Perú.
7. Falcón, E. (2003). *Tratado de la prueba*. Astrea, Buenos Aires.
8. Fernández López, M, (2004) *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante.
9. García –Cuerva García, S. (2007). *Las Reglas generales del Onus Probandi*. Editor. España.
10. Gutiérrez, A. (2020) *La carga dinámica de la prueba en el proceso de extinción de dominio*. <https://lpderecho.pe/carga-dinamica-prueba-proceso-extincion-dominio/>
11. Jiménez, S. (2020). *La carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio*, Revista Gaceta Penal. 128. Pp. 269-280
12. Midon, M. (2007). *Tratado de la Prueba*. Librería de la Paz.
13. Montero Aroca, J. (2011). *La prueba en el proceso civil*, 6ª ed., Civitas, Pamplona. <https://dialnet.unirioja.es/>

14. Ledesma Narvaez, M. (2008). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta jurídica.
15. Reynaldi R.(2020) *Mitos y leyendas sobre las reglas de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal*. <https://lpderecho.pe/mitos-leyendas-las-reglas-distribucion-la-carga-la-prueba-proceso-penal/>
16. Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires.
17. Rosenberg, L. (2017). *La carga de la prueba*, Editorial: Ediciones Jurídicas.
18. Silva Vallejos. J. (2014). *La ciencia del Derecho Procesal*. Ediciones legales.
19. Taruffo, M. (2008). *La Prueba de los hechos*. Bologna.
20. Villegas, A. (2013). *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. Madrid – España.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- 1.Chavez Cotrina, J. (2018). *La pérdida de dominio. Implicancias en el Perú*. Instituto Pacífico.
- 2.Chiovenda, J. (1922). *Principios del Derecho Procesal Civil*. Reus.
- 3.Chiovenda, G. (1936). *Instituciones de derecho procesal civil*. Revista de derecho privado.
- 4.Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editora Chile.
- 5.Fernandez López, M. (2005). *Prueba y Presunción de Inocencia*. Iustel.
- 6.Ferrer Beltrán, J. (2019). *La Carga dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario en Contra la Carga de la Prueba*. Marcial Pons.

- 7.Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el Derecho*. Marcial Pons.
- 8.Ferrer Beltrán, J. (2005). *La Valoración racional de la Prueba*. Marcial Pons. 7
- 9.Galvez Villegas, T & Delgado Tovar, W. (2013). *La Pérdida de dominio en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. Jurista.
- 10.Galvez Villegas, T. (2020). *Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos jurídicos fraudulentos y Reparación Civil*. Ius Puniendi.
- 11.Galvez Villegas, T. (2018). *Decomiso y Pérdida de Dominio*. Lima: Ius Puniendi.
- 12.IGUARÁN ARANA, M & SOTO ANGARITA, W. (2015). *La Extinción de dominio y los terceros de buena fe exenta de culpa*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- 13.Nieva Fenoll, J. (2019). *La Carga de la Prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida en Contra la Carga de la Prueba*. Marcial Pons
- 14.Parra Quijano, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- 15.Prieto Castro, L. (1978). *Derecho procesal civil*. Tecnos.
- 16.Rivera Ardilla, R. (2017). *La Extinción de Dominio. Un análisis al código de Extinción de Dominio*. Bogotá: Lever.