

GACETA JURIDICA
Gaceta Penal & Procesal Penal
Nro. 126.
Diciembre 2019

*Sumario. I Notas Preliminares II. ¿Es de naturaleza civil o penal?
III. Competencia IV. Requerido y Tercero. V. Prueba trasladada y Cosa
Juzgada VI. Conclusiones.*

I. Resumen

En el presente se abordan ciertos retos que el proceso de Extinción de Dominio ha generado desde su entrada en vigor en febrero del 2019.

Se asume postura acerca de la naturaleza civil del proceso y se marca la diferencia del decomiso penal, a la vez, se describe el escenario de la problemática en la competencia de bienes muebles, asumiendo un criterio dinámico incluyendo el tiempo dentro del criterio “lugar donde se encuentra el bien” y finalmente, se toca el tema de la necesidad de trasladar prueba de un proceso penal con sentencia firme al proceso de extinción de dominio.

II. Notas Preliminares.

Con la publicación del Decreto Supremo N° 07-2019 - JUS (en adelante el reglamento) el 03 de febrero del 2019, entró en vigencia el Decreto Legislativo N°1373 (en adelante la ley), publicado con fecha 08 de agosto de 2018.

Desde nuestra perspectiva, la ley recoge la cuarta recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI)² la misma que exhorta a los estados a dirigir sus políticas a perseguir el lado económico-patrimonial de la delincuencia, a fin de golpear el financiamiento, las ganancias o los instrumentos de actos delictivos, sin necesidad de una condena penal.³

Es oportuno mencionar que compromisos internacionales como Viena en 1988, Palermo en el 2000 y Mérida en el año 2003, hacían referencia a la “*necesidad de implementar las medidas que correspondan de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno para decomisar los efectos, ganancias y productos del delito*”, sin embargo, es en la

¹Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Magister en Derecho Civil y Comercial, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal. Ex Fiscal de Extinción de Dominio y Corrupción de Funcionarios. Especialista en recuperación de Activos del Basel Institute of Governance.

²RECOMENDACIÓN 4. *Decomiso y medidas provisionales*

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

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (**decomiso sin condena**), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

³ Es oportuno indicar que, dicho labor, no era ajeno al sistema nacional, en tanto en sede del proceso penal se perseguía el mismo fin mediante las incautaciones (cautelares) y la pretensión de comiso introducidas en las acusaciones. Adicionalmente a partir del proceso de Pérdida de Dominio, era absolutamente posible, que bienes ilícitos en su origen o en su finalidad pasen a poder del Estado, sin embargo, como la propia exposición de motivos de la ley lo describe, había necesidad de mejorar la norma, en razón de ciertas dificultades e imprecisiones en el procedimiento de Pérdida de Dominio.

recomendación del GAFI, donde expresamente se hace referencia al decomiso sin condena.

Ahora, la Ley, en nuestra opinión, expresa una política pública bastante clara, la necesidad de independizar la persecución de lo que llamaremos “*el lado económico del delito*” a fin de dotarlo de mayor celeridad, eficacia y eficiencia, en tanto las reglas que contiene – que en el presente ensayo intentaremos comentar – están destinados a ello.

Adicionalmente, es bastante ambiciosa, en tanto su visión, es la creación de un subsistema independiente que permita una planificación estratégica adecuada, una persecución direccionada, unos operadores especializados y de forma mediata, una disminución de la delincuencia organizada.

A pesar de las bondades que introduce la ley, existen voces discrepantes, sobre su existencia, las cuales, en nuestra opinión, responden en gran medida al desconocimiento de la ley, a lo intuitivo de su entendimiento a partir de lo que se conocía de la ley de pérdida de dominio, y desde el punto vista más operativo, al celo profesional de los operadores, que la perciben como una institución que restringe o disminuye sus competencias⁴.

Finalmente, y a manera de advertencia, esta primera entrega, responde, sobre todo, a un análisis desde la perspectiva práctica, esperando que sea de utilidad y sobre todo, permita incrementar el debate sobre sus instituciones, lo cual a corto y a mediano, plazo, permitirá fortalecer el subsistema.

III. ¿Es de naturaleza civil o penal?

La respuesta a la interrogante planteada es una de las preocupaciones, de los que ingresan al estudio del proceso de extinción de dominio, supongo por la necesidad de aplicar la lógica interpretativa a sus instituciones.

La connotación penal, puede estar determinada por: a) La actividad ilícita generadora de lo que será objeto del proceso de extinción de dominio⁵, la misma que normalmente será un delito, b) La forma en que se realizan las pesquisas para identificar la actividad ilícita, las mismas que responden a una investigación del proceso penal.

Por su parte, la connotación civil, según las opiniones que hemos podido percibir se construye a partir de: a) El concepto patrimonio o propiedad como concepto que será sometido a discusión en el proceso de extinción b) El bien como objeto del proceso c) La nomenclatura utilizada por La Ley como por ejemplo “Demanda”, “Indagación Patrimonial”, “Rebeldía”, “Tercero de Buena Fe”, “justo título”, entre otros.

Sobre el particular podemos decir que el proceso de extinción de dominio contiene, innegablemente, caracteres de ambos procesos, es más, la propia octava disposición

⁴Para los operadores que fueron testigos de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, podrá recordar que una resistencia parecida existió en la Policía Nacional y el Poder Judicial, en tanto existía la percepción que el Ministerio Público, a partir de la vigencia de la ley procesal, asumían competencias que antes eran de otros actores, lo cual, al inicio de la reforma, generó el mismo celo, sin embargo, con el transcurrir del tiempo, cada operador fue desempeñándose en el rol que la norma les asignó.

⁵La primera etapa se llama Indagación Patrimonial.

complementaria final de la Ley establece que son de aplicación supletoria los principios del proceso penal y civil.

Ahora bien, la extinción de dominio, como institución jurídica, tiene como objeto, a tenor del artículo 1° de la Ley: “*garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de éste los bienes que provengan de actividades ilícitas o estén destinados a ellas*”.

En ese sentido, inferimos que la visión de la ley es armonizar la titularidad y el ejercicio de los derechos reales sobre los bienes y se conjuga con la protección que debe merecer la propiedad como derecho constitucional; en ese sentido la extinción de dominio, desde el punto de vista normativo tiene un carácter constitucional-civil.⁶⁷

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, si es que hay que tomar partido en el tema, tendríamos que hacerlo por la connotación procesal penal, en tanto el proceso de extinción de dominio, en términos materiales, es la pretensión de decomiso independizada del proceso penal, por tal motivo los mecanismos de investigación son de corte penal⁸

Lo mencionado adquiere particular importancia al momento de tomar decisiones “políticas” sobre el subsistema de extinción de dominio, en tanto el órgano correspondiente, debe comprender e internalizar la real dimensión del fenómeno, para poder dirigir adecuadamente las directrices de este (perfil profesional de los operadores, contenido de capacitaciones, etc.)⁹

Sin perjuicio de resaltar la importancia de lo antes mencionado, el espectro de discusión es mucho más amplio y se ha presentado en cada país donde ha entrado en vigencia esta herramienta; emblemático es el caso argentino donde luego de un debate congresal prolongado por más de dos años, el Presidente Mauricio Macri, en enero de 2019, firmó un Decreto de necesidad y urgencia, donde puso en vigencia el llamado “*Régimen procesal de la acción civil del extinción de dominio*”, norma en cuyo artículo primero, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. - NATURALEZA. La acción civil de extinción de dominio procede respecto de cualquier derecho, principal o accesorio, sobre los bienes descriptos en el presente régimen. La extinción de dominio se declara a través de un

⁶ GARCIA CAVERO, entiende que el fundamento es inminente civil en tanto su finalidad es impedir que se pueda adquirir la propiedad o derechos reales sobre bienes por medio de actividades ilegales. GARCIA CAVERO, Percy, El Decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. N°81. Año 2018. Pp. 127.

⁷ En sentido se ha pronunciado la Corta Suprema peruana en la Casación N°1408-2017-Puno (FJ. 16)

⁸ Según la norma, existe preferencia para la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Penal, Octava Disposición Complementaria Final. Aplicación supletoria. - El proceso de extinción de dominio se sujeta supletoriamente a los principios recogidos en el Código Procesal Penal, el Código Procesal Civil y demás normas procesales pertinentes, en ese orden y siempre que no se opongan a la naturaleza y fines del presente decreto legislativa.

⁹ Sobre este particular he escuchado aseveraciones como: “el Proceso de Extinción de dominio es inminente civil”, “el proceso de extinción es 90% civil y 10% penal”, “Los civilistas tienen un gran campo de acción en el proceso de extinción de dominio”. Considero que esas aseveraciones pueden enviar un mensaje inexacto; en tanto, sin dudar de la posibilidad que cualquier profesional del derecho esté en la capacidad de entender y adentrarse en el tema de Extinción, partir de la premisa que existe un perfil predeterminado (o en gran porcentaje) para el proceso de extinción de dominio, consideramos que no es correcto.

procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión”

El sentido del texto normativo argentino es incuestionable (“acción civil”), sin embargo, basta conocer las circunstancias políticas y los debates en las cámaras del congreso, para entender el motivo del gobierno argentino para establecer la *naturaleza civil* del proceso de extinción de dominio¹⁰.

Los cuestionamientos a la norma argentina se presentaron en su oportunidad en El Salvador, Guatemala, México y por supuesto en Colombia, país donde se cuestionó la constitucionalidad de cada uno de los 33 artículos de la ley¹¹. Estamos convencidos, que, en nuestro país, cuando la norma y el sistema sea suficientemente publicitado o cuando se perciban sus resultados, las cosas no serán diferentes.

Ahora bien, entiendo que la raíz de los reparos, son algunas reglas que establece la norma, muchas de la cuales, como mínimo, podrían ser objeto de discusión, entre estas tenemos:

a. Aplicación en el tiempo.

La Ley en el numeral 2.5 del Artículo II del Título Preliminar establece que la extinción de dominio se declara con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto legislativo.

El Reglamento de la Ley, en el artículo 5.3, menciona que los actos jurídicos recaídos sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito (..) puede ser objeto de un proceso en cualquier momento.

Así, pues, la ley, a golpe de un solo principio, generó el inicio de dos temas para el estudio a) La imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio y b) La “retroactividad” de la norma.

Ambas cuestiones, encuentran sentido, en el hecho que los bienes de origen ilícito, no puede encontrar protección del ordenamiento jurídico en ningún momento. Así, pues, el paso del tiempo no puede volver lícito lo ilícito. Bastante gráfico es el razonamiento de los magistrados de la Corte Constitucional Colombiana sobre este tema:

“A quienes razonan como lo hicieron los demandantes cabría preguntarles si acaso, al margen del decomiso penal aplicable a los frutos de la actividad delictiva, el delincuente, o sus causahabientes de mala fe, pueden pretender, y aun atreverse a reclamar jurídicamente, la inmunidad e intangibilidad de su patrimonio ilícito,

¹⁰ Se entendió que, como la manera más sencilla de evitar la discusión sobre los eventuales derechos a la presunción de inocencia, derecho a la prueba, prescripción, etc.

¹¹ Sentencia C-374-1997. Accesible en www.urosario.edu.co/observatorio-de-lavado-de-activos/Archivos/C-374-97.pdf Consulta al 09.11.2019.

exigiendo que la extinción del dominio fuese establecida antes de la comisión de la infracción de la que derivan su fortuna.”¹²

En la cuestión de la aplicación de la ley de extinción a “*hechos del pasado*”, la Corte Colombiana, introdujo el concepto de **retrospectividad**, entendido como la posibilidad de que una ley pueda regular acontecimientos anteriores a su vigencia, siempre y cuando no existan derechos adquiridos en juego.

Sobre el particular hay algo que llama nuestra atención y nos lleva a preguntarnos si en verdad existe un problema de aplicación retroactiva que haya generado la necesidad de incluir el concepto retrospectividad; y es que si una actividad ilícita realizada en el año 2001 genera un bien (*ilícito*), éste mantendrá dicha calidad por toda su vida útil¹³. En ese sentido, si se identifica un bien en el año 2019, este estaría exactamente en la misma condición, y por ende, tendríamos que aplicar la norma vigente.

Nuestra premisa es que, si el proceso de extinción de dominio es, como lo establece la ley, uno de carácter real y patrimonial (*además de jurisdiccional*), en estricto, lo que debe servir como punto de referencia para la aplicación de la ley es la naturaleza del bien (lícito o ilícito) al momento de iniciar la indagación patrimonial, no así, el momento de la comisión de la actividad ilícita.

Ahora, respecto a la imprescriptibilidad, si bien esta no está expresamente recogida, se infiere – vía interpretación – de la frase “*pueden ser objeto del proceso de extinción de dominio, en cualquier momento*”. Sobre este particular, contundente, es el argumento del voto en discordia del Dr. Barrera Carbonel, en la sentencia colombiana antes mencionada.

Nos hallamos así ante una verdadera paradoja jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico que se enuncia así: todo prescribe, incluso el delito y la pena, menos, según la sentencia, la acción de extinción del dominio¹⁴

Considero que el argumento es una inadecuada construcción de una interpretación *a fortiori*, (*si el delito y la pena prescriben; la acción de dominio, donde se discuten temas “menos intensos” también debería prescribir*)

En mi opinión, lejos de ser un argumento en contra de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio, sería uno a favor, en tanto, la escala axiológica de los derechos en juego en un proceso penal (libertad y otros), requiere de mayores límites a la

¹² Sentencia 374/97 de fecha 13 de agosto de 1997. Pág.86/120 (Análisis del artículo 33° de la Ley 333 de 1996). El voto en discordia del magistrado Barrera Carbonell parece responder la pregunta en los siguientes términos: “*Con ello, se atenta contra la seguridad jurídica, pues el fin público de la institución de la prescripción como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia es precisamente la de sanear las situaciones irregulares o ilícitas, hasta el punto de que es un instituto para la extinción de la acción penal y de la pena misma impuesta por el juez y, además, se le niega al legislador una competencia que le es propia para determinar en qué casos opera la figura de la prescripción. Nos hallamos así ante una verdadera paradoja jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico que se enuncia así: todo prescribe, incluso el delito y la pena, menos, según la sentencia, la acción de extinción del dominio*”. Pág.99/120 (Argumento 6 del voto salvado por el Dr. Barrera Carbonell)

¹³ Entienden dicha situación como la continuidad de situación de antijuridicidad, por lo que no habría problema de retroactividad. Cfr. GALVEZ VILLEGAS, Tomás A; DELGADO TOVAR, Whalter J. *La Pérdida de Dominio en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. 2da Ed. Jurista. Lima.2013. pp.194.

¹⁴ Sentencia C-740. (Voto Salvado de Barrera Carbonel)

intervención estatal; a diferencia de alguna consecuencia patrimonial de la actividad ilícita. En síntesis, se percibe como intolerable que una persona sea perseguida por su actividad ilícita sin límite de tiempo; sin embargo, dicha persecución indefinida sobre los beneficios que le produjo la actividad ilícita, no.

b. Autonomía.

En el numeral 2.3 de la Ley, bajo la sumilla, principio de Autonomía, se indica lo siguiente: *el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél.*

El supuesto que recoge la norma es una de las más claras diferencias con la ley de Pérdida de Dominio, con la nueva regulación, es absolutamente posible la existencia de una demanda de extinción de dominio, sin que exista sentencia (o siquiera diligencias preliminares) en el proceso penal.

La regulación de la autonomía (acompañada de la naturaleza del proceso), desvanece, en nuestra opinión, una preocupación bastante extendida entre algunos operadores, la misma que advertía una supuesta duplicidad de investigaciones o en todo caso imposibilidad (o falta de necesidad) del proceso de extinción de dominio, cuándo existía incautación o pretensión de decomiso incorporada en la acusación respectiva.

Y es que la autonomía procesal, en virtud de la distinta finalidad del proceso de extinción de dominio, hace posible la concurrencia de medidas cautelares (digamos incautación), tanto en el proceso penal, como en sede de extinción de dominio; la explicación radica, en la diferencia de fundamento de intervención estatal.

Sin embargo, si ya existe en cualquier de los dos procesos (penal o extinción de dominio), adjudicación a favor del Estado firme, el otro proceso tendría que concluir, entendemos, por sustracción de la materia.

IV. Sobre la Competencia. (El particular caso de los bienes muebles).

El artículo 8° de la Ley (en el Capítulo II . Competencia), establece las reglas que deberán tener en cuenta para dicho fin:

Artículo 8. Competencia de órganos especializados en extinción de dominio

8.1 Es competente el Juez Especializado en Extinción de Dominio del distrito judicial en donde se encuentre ubicado el bien materia de indagación.

8.2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el Juez Especializado en Extinción de Dominio del distrito judicial en donde se inicie la primera indagación a cargo del Ministerio Público.

8.3 Si con posterioridad al inicio del proceso de extinción de dominio, se tiene conocimiento de la existencia de otros bienes vinculados a los que son objeto de ese proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el Juez que conoce la primera demanda.

El criterio de la ubicación del bien, como indicador para establecer competencia es acertado, en tanto, por ejemplo, si el departamento objeto del proceso, se encuentra en la ciudad de Lima; es absolutamente razonable, que el juez del distrito judicial de Lima sea el encargado de la etapa judicial correspondiente. De la misma forma, es apropiado que el fiscal de Lima, en razón, de la cercanía con los elementos de convicción (*títulos archivados del registro público, información municipal, etc*), sea quien se encargue de la indagación patrimonial.

Sin embargo, esa claridad o razonabilidad, puede sufrir un pequeño revés en los casos de bienes muebles.

Supuesto 01.

Un camión es intervenido en el Callao por la fiscalía de drogas por transportar cocaína.

Debido a la incautación en el proceso penal, el vehículo es entregado en uso a la Municipalidad de Chiclayo por PRONABI. (lugar donde se encuentra hasta la actualidad). ¿Quién sería el fiscal competente, para conocer la indagación Patrimonial?

Parece claro, a partir de la lectura del artículo 8° de la ley, que el fiscal encargado sería el del distrito fiscal de Lambayeque, en tanto ahí se encuentra el bien al momento de iniciar la indagación patrimonial.

Supuesto 02

Imaginemos que – en el supuesto 01 - la Indagación Patrimonial, se inicia antes de la asignación a la Municipalidad de Chiclayo, esto es, se recaba información acerca de la ubicación del bien inmueble y se establece con certeza que se encuentra en el estacionamiento de la DIRINCR Callao, en tanto es objeto de pericia vinculados a la actividad ilícita del tráfico ilícito de drogas. ¿Quién sería el fiscal encargado de conocer la indagación patrimonial?

Una vez más, en mérito a una interpretación literal del artículo 8° de la ley, el fiscal encargado sería el del Callao.

A partir de los supuestos mencionados, llama la atención que la identificación del fiscal encargado de conocer el proceso de extinción de dominio dependa – exclusivamente – de la decisión administrativa de PRONABI sobre el lugar de asignación en uso del bien mueble.

El lector atento percibirá que si bien la identificación del fiscal correspondiente (en ambos casos), obedece al mandato normativo, con relación al primer supuesto se generan las preguntas ¿no sería conveniente que el fiscal del Callao, en tanto gran parte de los elementos de convicción se encuentra en el proceso penal en dicho lugar, sea el que conozca el proceso de extinción de dominio? ¿la asignación en uso decidida por PRONABI, es realmente relevante para identificar al fiscal correspondiente?

Esa “*inestabilidad*” en la identificación del fiscal que se encargará de la indagación patrimonial, nos lleva a pensar y proponer que en el caso de los bienes muebles, debe existir un factor adicional, siempre en concordancia con la regla: “*el lugar donde se encuentra el bien*”. Así, pues, somos de la opinión que el factor adicional, tendría que ser

el “*tiempo*”, materializado en la “*fecha de realización*” de un acto procesal vinculado al bien que es objeto del proceso de extinción; en los supuestos planteados: el acto de incautación

Esta línea interpretativa, tiene relación con la obligación que tiene el fiscal (de drogas en el caso específico) de comunicar al fiscal de extinción de dominio acerca de la existencia de bienes susceptibles de indagación patrimonial (artículo 9^o¹⁵ y 44^o¹⁶ de la ley). En ese sentido, en los supuestos (01 y 02), el fiscal de drogas, por mandato normativo, debía comunicar al fiscal de extinción de dominio, y siendo que, en dicho momento el vehículo se encontraba en el Callao, sería el fiscal de este distrito, el que deberá iniciar la indagación patrimonial.

Ahora, si bien se ha establecido un criterio para la identificación del fiscal que deberá asumir la indagación patrimonial, corresponde realizar algunos comentarios a la competencia judicial, en tanto a diferencia del Ministerio Público donde en nuestra opinión no existe derecho al “fiscal natural”, la identificación del juez que deberá conocer la causa es una exigencia del debido proceso.¹⁷

A partir de la regla contenidas en el artículo 8^o de la ley, intentemos establecer competencia judicial en el **Supuesto 02**.

Cuando el fiscal del Callao presente su demanda ante el Juez del Callao, este al calificar, verificará la ubicación del bien y percibirá que se encuentra actualmente en Chiclayo; siguiendo la lógica de la ley, tendría que inhibirse y derivarlo al distrito judicial de Lambayeque.

El escenario descrito nos permite desarrollar un tema que no es ajeno a la literatura especializada: “*El momento para decidir la competencia judicial*”; sobre el punto debemos mencionar que son dos las soluciones que la doctrina plantea: 1) En función del momento de ocurridos los hechos y 2) En función del momento de inicio del proceso¹⁸

La primera alternativa, es asumida por el derecho procesal penal, nuestra norma adjetiva a tenor del artículo 21^o y siguientes¹⁹, establece como baremo el lugar donde se cometió

¹⁵ **Artículo 9 del DL. 1373. Inicio del proceso de extinción de dominio**

Corresponde al Fiscal Especializado en Extinción de Dominio iniciar y dirigir la indagación, de oficio o a petición de parte del Fiscal Especializado en Materia Penal, del Juez, del Procurador Público, del Registrador Público, del Notario Público o cualquier persona obligada por ley, especialmente las pertenecientes al sistema financiero, que en el ejercicio de sus actividades o funciones tome conocimiento de la existencia de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, quienes deberán informar al Ministerio Público en el plazo de tres (3) días hábiles de haber conocido la existencia de bienes de valor patrimonial que pudieran ser materia de extinción de dominio.

¹⁶ **Artículo 44. Deber de servidor o funcionario público**

Todo servidor o funcionario público que, en el marco del ejercicio de su cargo o de sus funciones específicas, tenga conocimiento de la existencia de bienes que puedan ser objeto de la demanda de extinción de dominio, está obligado a informar inmediatamente al Ministerio Público.

El incumplimiento de esta obligación constituye una falta disciplinaria, la cual es sancionada administrativamente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente.

¹⁷ Sentencia del Exp. 1937-2006-PHC/TC. Caso Mendiola Salgado.

¹⁸ DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo citado por PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad. 2004. Lima. Pág. 41.

¹⁹ Artículo 21 CPP Competencia territorial. - La competencia por razón del territorio se establece en el siguiente orden:

1. Por el lugar donde se cometió el hecho delictuoso o se realizó el último acto en caso de tentativa, o cesó la continuidad o la permanencia del delito.

el hecho delictuoso. El código procesal civil, a su turno, ha optado según el artículo 8°²⁰, por la segunda opción, esto es, que el presupuesto procesal se verifica al momento de la interposición de la demanda.

En nuestra opinión la regla establecida en el código procesal penal no resulta aplicable supletoriamente, en tanto la naturaleza del supuesto que establece la competencia (lugar del delito) no tiene semejanza alguna con el supuesto que reconoce la ley de extinción de dominio (“el lugar donde se encuentra el bien”).

Ahora bien, en relación con la regla establecida en el código procesal civil, si bien a primera vista no tendría obstáculo para su aplicación supletoria, en tanto no son incompatibles ni de naturaleza distinta, consideramos que una mirada más aguda nos llevaría por otro sendero. Y es que hay que considerar que la regla del código procesal civil, presupone la inexistencia de un procedimiento anterior a la demanda, lo que no coincide con el proceso de extinción de dominio, donde existe una previa indagación patrimonial a cargo del Ministerio Público.

Por lo antes expuesto, las reglas del código procesal penal y civil, no prestan ayuda para identificar el momento en el cual se debe verificar la competencia judicial.

Una solución tentativa a la situación planteada podría encontrarse recurriendo al artículo 10° del reglamento, donde se recogen reglas adicionales a ley, en los siguientes términos:

Artículo 10.- Competencia territorial de los órganos especializados

10.1. Corresponde al Fiscal Especializado dirigir, realizar y coordinar la indagación patrimonial en materia de extinción de dominio que se haga sobre un bien que se encuentre en el distrito fiscal al cual pertenece.

10.2. Corresponde al Juez Especializado del distrito judicial donde se haya iniciado la indagación patrimonial, asumir el proceso en su etapa judicial y emitir la correspondiente sentencia.

10.3. Si los bienes patrimoniales se encuentran en su totalidad en territorio extranjero, o tiene como origen o destino actividades ilícitas cometidas por una presunta organización criminal, conoce de la indagación patrimonial el Fiscal Especializado de Lima Centro y es competente de la etapa judicial el Juez Especializado de Lima Centro

De acuerdo con el reglamento, toda complicación se desvanecería, en tanto la regla del 10.2 es bastante clara al establecer que será competente el juez del distrito donde el fiscal inició indagación patrimonial.

-
2. Por el lugar donde se produjeron los efectos del delito.
 3. Por el lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito.
 4. Por el lugar donde fue detenido el imputado.
 5. Por el lugar donde domicilia el imputado

²⁰ Artículo 8 del CPC.- La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.

No cabe duda de que el reglamento se presenta como una solución eficaz al tema planteado, sin embargo, consideramos que existen dos reparos de orden legal que dificultan su uso.

- a) Es evidente que los supuestos normativos del artículo 8° de la ley y 10° del reglamento, nos llevan a resultados distintos, y en nuestra opinión, el reglamento no desarrolla (o precisa) los efectos de la ley, sino, los modifica.
- b) El Reglamento es un Decreto Supremo y existe el principio de reserva de ley para establecer competencia judicial²¹,

Ante tal escenario, consideramos que el criterio utilizado para determinar la asignación del caso en el Ministerio Público, debe utilizarse para la determinación de la competencia judicial y es que el Juez, al no poder servirse de las reglas para determinar el momento de la competencia que le brindan las normas de aplicación supletoria; y no siendo opción dejar de administrar justicia²²; debe recurrir a los principios generales del derecho, entre ellos los de: de Economía y Celeridad, que habilitan a optar por la alternativa que brinde de mayor rapidez al proceso; además el de Equidad e Igualdad, que permitirá que el eventual requerido, no tenga que trasladarse a un distrito fiscal distinto al de donde se intervino el objeto del proceso.

Los argumentos antes señalados, en nuestra opinión, habilitan a que el juez al momento de analizar su competencia, incorpore el bemol del tiempo al indicador normativo “*lugar donde se ubique el bien*” y opte por, en el caso en concreto, asumir competencia, en tanto deberá considerar que la intervención fiscal (penal y/o de extinción) es el primer momento en que el Estado activa su maquinaria en procura de la desposesión de bienes ilícitos para su posterior decomiso o extinción.

V. Requerido y Tercero.

El Artículo III del Título Preliminar de la Ley, define, en forma de glosario, algunos términos con la finalidad de establecer claramente el contenido de algunos institutos. Así, en el caso que nos ocupa tenemos:

Artículo III. Definiciones

Para los efectos del presente decreto legislativo se entenderá como:

(...)

3.2. Requerido: toda persona natural o jurídica que figura ostentando algún derecho sobre el bien que es objeto del proceso de extinción de dominio.

(...)

3.12. Tercero: toda persona natural o jurídica, diferente al requerido, que se apersona al proceso de extinción de dominio reclamando tener algún derecho sobre el bien.

Las definiciones antes descritas en nuestra opinión, no permite diferenciar claramente ambos sujetos, en tanto no se define cuál es el derecho que el requerido tendría que

²¹ Sentencia del Exp. 1937-2006-PHC/TC. Caso Mendiola Salgado

²² Código Civil Peruano. - Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley. Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

ostentar para ser considera como tal, a la vez, tampoco se indica cuál es el derecho que el tercero debe *reclamar*, para poder intervenir en el proceso.²³,

Una respuesta tentativa a la primera interrogante sería que el derecho que el requerido figura ostentando es el de propiedad, en tanto, ese es el derecho que será materia de controversia.

Esa respuesta, tendría que confrontarse con lo establecido en el artículo 66° del Decreto Supremo N°07-2019-JUS, (Título VII – Interesados en el Proceso de Extinción de Dominio):

Artículo 66.- Tercero de buena fe

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

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

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

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

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

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

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

A tenor del artículo 66.3 del Reglamento, un tercero de buena fe puede ser quién adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular; es decir, tercero sería, en un caso en concreto, quien *figura ostentando* el derecho de propiedad, por ejemplo, en el registro público.

Esa aparente incongruencia considero que puede ser resuelta manejando adecuadamente el término *tercero*, a quién identifico como la persona que “no es parte”²⁴; en tal sentido, para identificar al tercero, tarea previa es identificar la relación jurídica de la cual se trata y a las partes de esta. En esa línea de ideas tenemos:

1. Existe un tercero en relación con la actividad ilícita

Ej. A adquiere un bien inmueble de B, éste último lo adquirió como resultado de actividades delictivas. Si bien A figura ostentando derecho de propiedad, es un tercero en relación con la actividad generadora de los efectos que le permitieron adquirir el inmueble a B.

²³ En el Código de Extinción de Dominio de Colombia (Ley 1704 del 214) se hace referencia al afectado en los siguientes términos: ART. 1°—Definiciones. Para la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

1. Afectado. Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.

²⁴ DIEZ PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato. Civitas. 6ed. 2007. Pág. 521

2. Existe un tercero en relación con el derecho de ostenta el requerido.
Ej. *A arrienda un bien inmueble de B, éste último lo adquirió como resultado de actividades delictivas y aún figura como titular. En el caso A, es un tercero en relación con el derecho de propiedad que ostenta B.*²⁵

En ese sentido, el tercero del artículo 66.3 de la ley, corresponde al identificado con el número (1) y el tercero del numeral 3.2 del Artículo III del Título Preliminar de la ley corresponde al número (2).

Ahora bien, consideramos que es la indagación patrimonial que nos permitirá identificar que rol juega cada una de las personas vinculadas al bien que será objeto del proceso de extinción de dominio y de acuerdo al supuesto de hecho que presentemos en la demanda, los títulos “requerido” y “tercero” serán los propuesto por el fiscal.

4.1 Grupo de Casos

Plantemos algunos supuestos para intentar diferenciar ambos institutos.

Supuesto 03

A, interviniente en la actividad ilícita generadora de ganancia, adquiere un inmueble e inscribe la adquisición en el registro público; luego, lo alquila a B. En el contrato se establece una vigencia de cinco años, el acto es inscrito en el registro público.

El caso planteado puede resolverse de la siguiente manera:

A es el requerido, en tanto figura en el registro público, ostentando derecho de propiedad, además de participar en la actividad ilícita.

B es el tercero y reclamaría que, al ser uno de buena fe, se respete su derecho de posesión. El supuesto, podría ser uno de los más sencillos, en tanto, como dicen los operadores colombianos²⁶, la tríada de imputación de extinción de dominio (*bien, sujeto y actividad ilícita*) es evidente

Supuesto 04

A, interviniente en la actividad ilícita generadora de ganancia, adquiere un inmueble e inscribe la adquisición en el registro público.

B, se presenta al proceso en la etapa judicial, indicando que nunca transfirió su inmueble, es más, refiere ser víctima de falsificación de su firma.

El caso planteado puede resolverse de la siguiente manera:

A es el requerido, en tanto figura en el registro público, ostentando derecho de propiedad, además de participar en la actividad ilícita.

B es el tercero, en tanto, reclamaría ser el “verdadero” propietario.

En el supuesto, una vez más, la estructura (bien, sujeto y actividad ilícita), podría ayudarnos a resolver problema, en tanto, si bien ambos pueden reclamar derecho de

²⁵ Y posiblemente también tercero en relación a la actividad ilícita.

²⁶VÁSQUEZ BETANCUR. Santiago. Fundamentos e Imputación en Materia de Extinción del Derecho de Dominio. aestriathesis, Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá. 2018. Pág 137. Consulta al 14.07.2019.

propiedad; el Ministerio Público establece la relación jurídica teniendo como directriz la estructura antes mencionada, y B, en esa relación, es un tercero; lo que no significa que la intervención le sea negada, en tanto, podrá intervenir en el proceso, como tercero en igualdad de condiciones.

El caso planteado admite bemoles que nos permitimos introducir, en tanto nos graficarán otros retos del proceso de extinción de dominio.

Supuesto 05

A, interviniente en la actividad ilícita generadora de ganancia, adquiere un inmueble e inscribe la adquisición en el registro público.

B, se presenta a la indagación patrimonial, indicando que nunca transfirió su inmueble, indica ser víctima de falsificación, para lo cual adjunta, además, de su pericia grafotécnica de parte, su movimiento migratorio donde se percibe que, en la fecha de la firma de la escritura pública, se encontraba fuera del país.

Una de las primeras decisiones que deberá tomar el Fiscal de Extinción de Dominio, es si acepta o no, en la etapa de indagación patrimonial, el ingreso de personas distintas al sujeto que ha identificado como vinculado al bien y figura ostentando el derecho de propiedad en el registro público; puesto que, aunque el proceso cuente con una medida cautelar, entendemos que la reserva se mantiene para personas desvinculadas a lo que es objeto del proceso.²⁷

En el supuesto planteado, B no es una persona desvinculada, sino, reclama y acredita, un eventual derecho de propiedad, por lo cual, consideramos debería permitírsele ingresar al proceso de indagación patrimonial.

Ahora bien, una segunda decisión que deberá tomar el fiscal²⁸ es, cuál será su postura frente a lo establecido en el artículo 2013° del Código Civil: “Principio de Legitimación. - *El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.*”

Así pues, el fiscal deberá responderse, si valorará algún elemento distinto, a la resolución judicial o laudo firme, para evaluar la situación de B en el proceso de extinción.

Desde nuestra óptica (y esto es una de nuestras premisas) estamos convencidos que, aunque en el proceso de extinción de dominio se analice el derecho de propiedad, el fiscal o el juez en su momento, no otorga, ni declara, ni reconoce derecho de propiedad alguno²⁹, excepto al Estado, si se declarada fundada la demanda.

²⁷El numeral 2.7 del Artículo II del Título Preliminar del DL. 1373, establece lo siguiente: “2.7. Publicidad: el proceso de extinción de dominio es público a partir de la notificación del auto que admite la demanda o desde que se materializan las medidas cautelares. Las actuaciones comprendidas desde el inicio de la indagación son reservadas.

²⁸También puede ser parte del análisis de la primera cuestión.

²⁹Entiéndase que sea merito para ir al Registro Público u oponerlo en un proceso civil de nulidad de acto jurídico o mejor derecho de propiedad.

Bajo esa premisa, en nuestra opinión, no se requiere ni sentencia o laudo arbitral firme, para valorar algún derecho que le pueda asistir, en el supuesto planteado, a B; en tanto, lo que pretende lograr en el proceso de extinción de dominio, no es que el Estado le reconozca su derecho de propiedad, dado que no es el escenario (*lo es el proceso civil*), sino, lo que logrará, es que el Estado no extinga a su favor un inmueble sobre el cual el discute un derecho de propiedad con A.

Ahora bien, si el fiscal durante su indagación patrimonial logra determinar que, efectivamente, lo mencionado por B, corresponder a la verdad ¿Qué deberá realizar con el proceso de extinción de dominio? ¿deberá demandar a A como requerido e incluir a B como tercero y que sea el juez que lo declare uno de buena fe?

En nuestra opinión, el proceso de indagación patrimonial vinculado al inmueble identificado deberá ser archivado.

La lógica de ello es que la etapa de indagación patrimonial tiene que cumplir una finalidad, la cual, según el texto normativo es: identificar los bienes y a los terceros, si el tercero está identificado, y se verifica buena fe, el caso debería archivarse respecto a ese bien. Esa, en nuestra opinión, es la forma que se deberá entender la precisión “*sin perjuicio de los terceros de buena fe*” que reconoce la ley y su reglamento; y es que resultaría contradictorio que el Ministerio Público, pese a acreditar que el tercero haya sido uno de buena fe, insista con una demanda de extinción de dominio ante el órgano jurisdiccional.

Supuesto 06

A, interviniente en la actividad ilícita generadora de ganancia, adquiere un inmueble e inscribe la adquisición en el registro público.

B, sabiendo la procedencia del inmueble, lo adquiere.

El supuesto planteado pretende dar solución a una interrogante que pudo generarse en el análisis del supuesto anterior ¿Y qué pasa si B, fuera uno de mala fe? Pues, creo que es absolutamente predecible para cualquier lector, que B, deberá perder el dominio del bien. Aquí debemos reparar que si bien B no es una persona vinculada directamente a la actividad ilícita originaria; su conocimiento de esta haría que su derecho no sea merecedor de protección.

En ese sentido, en nuestra opinión, B sería el requerido, en tanto y en cuanto, el proceso de proceso de extinción de dominio no exige que la actividad ilícita vinculada al bien sea la originaria, siendo que, en el presente caso, la actividad ilícita podría ser, sin problema alguno, el lavado de activos.

Ahora bien, en el supuesto 06, ¿habría motivo para incluir a A en el proceso de extinción de dominio, en su calidad de partícipe directo en la actividad ilícita? En mi opinión, estaría condicionada a la existencia de un bien susceptible de ser extinguido (el precio de venta del inmueble ubicado en una cuenta bancaria u otro bien con precio equivalente, por ejemplo), luego, al no encontrarnos en un proceso penal, no sería necesario su inclusión como parte.

Por lo expuesto, una alternativa de solución, sería la siguiente:

B es el requerido, en tanto figura en el registro público, ostentando derecho de propiedad, además de participar en la actividad ilícita (lavado de activos).

Ahora, sí y solo sí, se encuentra un bien de A

A también sería el requerido, por dicho bien.³⁰

Supuesto 07

A es titular registral de un bien mueble (vehículo)

A utiliza dicho bien, para realizar una actividad ilícita vinculada al tráfico ilícito de drogas.

Creemos que no existiría inconveniente, en concluir que el supuesto planteado puede resolverse de la siguiente manera:

A es el requerido, en tanto figura en el registro público, ostentando derecho de propiedad, además de participar en la actividad ilícita.

El supuesto, permite ingresar a otro un poco más complicado.

Supuesto 08

La entidad financiera A, adquiere un bien mueble (vehículo) en virtud de un contrato de leasing firmada con B

B, con derecho de uso en virtud del contrato, lo instrumentaliza para cometer el delito de Tráfico ilícito de drogas.

Sobre el supuesto planteado, debo iniciar indicando algo absolutamente evidente, no nos encontramos ante un caso de un bien de origen ilícito, sino uno que, siendo lícito en su origen, ha sido instrumentalizado para una determinada actividad ilícita.

En casos como el planteado, *A prima facie* no tiene vinculación alguna con la actividad ilícita más que la obvia (el bien que arrendó fue utilizado para una actividad ilícita), sin embargo, ello no lo hace interviniente en el mismo, pero de existir un proceso de extinción de dominio, es él quien deberá ser requerido.

Los supuestos de instrumentos del delito, merecen particular atención, en tanto la lógica de imputación puede variar, y de buscar una relación sujeto - actividad ilícita, la fiscalía tendrá que echar mano del artículo 66° del Reglamento, y generar la relación sujeto-actuar prudente y diligente, en tanto, si bien existe una cesión del uso del bien de su propiedad, esto no genera la desvinculación absoluta del bien, estando los deberes de supervisión intactos, y su inobservancia, puede generar la extinción del mismo; esto, no cabe duda, merece un análisis caso por caso, a fin de evitar arbitrariedades

VI. Prueba trasladada y Cosa Juzgada.

³⁰En este supuesto, deberá analizarse si corresponde, estratégicamente, llevar los procesos juntos o desacumularlos.

El artículo 61.1 del reglamento, establece algunas reglas sobre el uso de la prueba trasladada.

Artículo 61.- Análisis de la prueba trasladada

61.1. No puede suplirse el traslado de la prueba con los fundamentos de una sentencia anterior, aunque haya sido dictada contra las mismas partes procesales.

61.2. Corresponde al Juez Especializado en Extinción calificar la prueba para obtener su convicción personal. El razonamiento o decisión del juez anterior no es vinculante. Para su adecuado examen, el traslado de la prueba debe ser en copias certificadas o desglose del expediente, si fuera permitido, independientemente de que tenga o no que ser ratificada por no haber sido previamente controvertida entre las mismas partes procesales

Ambos numerales del artículo 61, parecen enviar un mensaje claro, la prueba actuada en otro proceso necesariamente debe trasladarse; esa labor no puede sustituirse por el hecho que en alguna parte de la resolución judicial (del proceso previo), se haya descrito su existencia y contenido.

Luego, en un evidente ejercicio de redundancia, la norma establece que el juez de extinción debe obtener *su convicción personal*; concluye indicando que la decisión del juez anterior no es vinculante.

Queda claro que, como premisa genérica y abstracta, lo recogido en el artículo 61° del decreto legislativo es válido; es más, podríamos decir que se corresponde con la lógica de un proceso autónomo, sin embargo, consideramos que, si miramos más en detalle, la premisa de la norma podría encontrar algunos bemoles.

Es importante para entender adecuadamente el fenómeno bajo análisis, recordar el concepto “*objeto de prueba*”, entendido como todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso³¹ o también, en palabras de SAN MARTIN CASTRO, lo que dé respuesta a la interrogante ¿qué puede ser probado en juicio?³²

En la línea de lo expresado, corresponde recordar también, que existen eventos que por su propia naturaleza no requieren ser probados. Ej. a) Las cosas caen al suelo si no existe otra entidad que los sostiene (Ley de la Gravedad); en virtud de ello, la norma procesal penal en el numeral 2 del artículo 157° establece expresamente, lo que no es objeto de prueba, reconociendo, entre otras cosas a: “*las máximas de la experiencia, las leyes naturales, lo imposible y la cosa juzgada.*”.

Así las cosas, está claro que no existe necesidad de ofrecer pruebas (*trasladas o generadas en el propio proceso*), tendientes a acreditar dichos eventos; por ello, considero que antes de preguntarnos cuál es el medio idóneo para acreditar algún evento, debemos asegurarnos, aunque parezca ocioso, si dicho evento necesita ser acreditado.

En se sentido, una premisa operativa en el trabajo deberá ser, ***lo que no es objeto de prueba no corresponde ser acreditado.***

³¹ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo proceso Penal. Idemsa. Lima. 2009. Pág. 232.

³² SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. lecciones. INPECCP. Lima.2015 Pág. 506

Ahora bien – como dijimos anteriormente - la norma procesal (numeral 2 del artículo 157° del Código Procesal Penal), establece que no es objeto de prueba lo que ha sido *objeto de cosa juzgada*; corresponde entonces establecer cuál es el contenido y límites de este instituto.

Sánchez Velarde³³, sobre el particular refiere:

Un hecho que ha sido judicialmente resuelto y que se encuentra en estado de cosa juzgada no amerita ser probado, lo que no obsta para que sea invocado ante la autoridad judicial o se señale el lugar donde dicho proceso ya se encuentra archivado

Neyra Flores, sobre la excepción a lo que es objeto de prueba indica:

Estas excepciones impiden que un tema se convierta en objeto de prueba:

(...)

*La Cosa Juzgada: Ello en respeto al “principio de ne bis in idem”, en virtud del cual el mismo objeto de prueba no puede volver ser susceptible de prueba luego de haber recaído sobre él sentencia firme.*³⁴

Arbulú Martínez, sobre el particular refiere lo siguiente:

*Los hechos dilucidados en un proceso penal que tiene la calidad de cosa juzgada no pueden volver a ser objeto de prueba en otro juicio, por ejemplo si a una persona se le declarado inocente no puede volver a discutirse su responsabilidad penal.*³⁵

UGAZ ZEGARRA con cita a Vincenzo Manzini indica que la cosa juzgada penal, en el caso en concreto, es una autoridad absoluta, equivalente a la de ley misma. Por eso se suele decir que el fallo penal faciat ius erga omnes (hace derecho frente a todos)³⁶

DEVIS ECHANDÍA, bajo el título “*hechos que no necesitan prueba, a pesar de ser parte del presupuesto de hecho de pretensiones y excepciones*” sobre el tema abordado, dice lo siguiente:

*(...), respecto al tema o la necesidad de prueba, porque si el hecho está reconocido en sentencia con Valor de cosa juzgada o que constituya prejudicialidad, es obvio que no necesita prueba.*³⁷

Como se puede apreciar la doctrina nacional y extranjera, se decanta por considerar que parte del contenido de lo que debe entenderse como “objeto de cosa juzgada”, son los hechos que HAN sido considerados como acreditados en un sentencia firme previa.

En ese orden de ideas, si en una sentencia firme, los hechos que dieron lugar a una condena por tráfico ilícito de drogas son: “*el día 13 de octubre de 2016 a las 23.00 horas,*

³³ SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo proceso Penal. Idemsa. Lima. 2009. Pág. 232.

³⁴ NEYRA FLORES. José Antonio, Manual del nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Idem. Lima. 2010 Pág. 550.

³⁵ ARBULU MARTINEZ, Victor Jimmy. *La Prueba en el nuevo procesal penal* en La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima 2012. Pág. 96.

³⁶ MANZINI, Vincenzo en UGAZ ZEGARRA, Fernando. La Prueba en el proceso Penal. BLG. Lima. 2010 Pág. 30

³⁷ ECHANDIA, Davis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo Primero. 5ta Edición. Temis. Bogotá. 2002. Pág. 195

Juan Pérez Vargas fue intervenido conduciendo el vehículo de placa de rodaje AHZ-935, en cuya maletera se encontró dos kilos de clorhidrato de cocaína”, estos acontecimientos, al ser objeto de cosa juzgada, no tendrían que ser acreditados.

En nuestra opinión, los hechos en el ejemplo propuesto, sería parte del contenido de lo que doctrina procesal se conoce como fronteras de la cosa juzgada, en tanto dicho evento es el que requiere estabilidad a fin de que la cosa juzgada puede irradiar sus efectos.³⁸ Debido a lo antes expuesto, consideramos que una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto Legislativo, no puede generar, en el ejemplo planteado, a trasladar los medios de pruebas (testimoniales, documentales, etc) que llevaron al órgano jurisdiccional a tener certeza del acontecimiento, en tanto justamente ese hecho, es el contenido de la cosa juzgada.

Consideramos que una interpretación como la que se plantea no vacía de contenido a las reglas de la prueba trasladada del proceso de extinción de dominio, en tanto, podría aplicarse a sentencia que no tenga la calidad de cosa juzgada, o también, podría ser utilizada para acreditar hechos, que sin ser parte del contenido de lo que es objeto de cosa juzgada, puedan servir para acreditar alguna circunstancia dentro del proceso previo.

A la propuesta planteada, podría cuestionársele que la tendencia mayoritaria en la doctrina procesal es reconocer la eficacia negativa de la cosa juzgada (prohibición de doble juicio), no así, la eficacia positiva de la cosa juzgada (prejudicialidad); hasta se podría citar como argumento de autoridad, un pronunciamiento del nuestro Tribunal Constitucional (en votos singulares)³⁹:

70. Sin embargo, entiendo que no se puede extender los efectos de la cosa juzgada material hasta el punto de utilizar como prueba de la ocurrencia de un determinado hecho lo probado en otro proceso judicial (eficacia positiva), por cuanto ello comportaría una violación del derecho de defensa. Y es que no es posible oponer al imputado lo probado en otro proceso judicial sobre la existencia de una organización criminal, cuando dicho elemento debe ser también sometido a contradicción y probado en el propio proceso. En el mismo sentido, la doctrina se ha pronunciado señalando que:

“... la cosa juzgada penal carece de eficacia positiva. Y es que, si bien la cosa juzgada penal excluye un segundo juicio respecto de la misma persona, no determina prejudicialmente el contenido de la segunda sentencia ni respecto de otro inculcado por el mismo hecho, ni del mismo inculcado por un hecho distinto, aun resultando conexo con el ya juzgado anteriormente o dependiente de él”. (Armenta Deu, Teresa. Derecho procesal penal. Madrid, Marcial Pons, p. 292).

Sobre ese particular, debemos mencionar que el reparo a la eficacia positiva de la cosa juzgada, es una discusión en materia procesal penal, no así en ramas distintas, evidencia de ello, en derecho comparado, es la regla del artículo 222,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en España⁴⁰ que reconoce lo siguiente:

³⁸ Cfr. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada: el fin de un mito*. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales N°09. Diciembre 2016. Pág. 113 al 134

³⁹ Sentencia del EXP. N.º 00012-2008-PI/TC.

⁴⁰ La referencia normativa de derecho comparado, es pertinente porque el argumento de autoridad que utiliza el Tribunal Constitucional, es de la jurista española Armenta Deu

Artículo 222. Cosa juzgada material.

(...)

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal

En nuestro ordenamiento jurídico, también existen la tendencia descrita en algunos de nuestros códigos, en los siguientes términos:

Artículo 79° del Código Penal. - Extinción de la acción penal por sentencia civil⁴¹

Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito.

Por lo expuesto consideramos que la restricción o el límite que advierte el Tribunal Constitucional en los votos singulares (con cita de la jurista española), es para casos, donde por ejemplo, se condenó al funcionario por concertarse con un particular, en un proceso penal que se inició solo contra el primero por ausencia del particular; siendo que, al capturarse e iniciarse el proceso contra éste último, debe probarse se la responsabilidad, aunque el delito sea uno de encuentro.

VII. Conclusiones.

1. El Proceso de Extinción de Dominio, tiene como finalidad garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, por lo que su naturaleza, es distinta a la del comiso penal.
2. Consideramos que, en el caso de bienes muebles, la competencia que establece en ley, relacionada con “el lugar donde se encuentre el bien” puede generar algunas fluctuaciones, las cuales podrían ser solucionadas, incluyendo en la interpretación el factor tiempo y un determinado acto procesal.
3. El concepto “requerido” y “tercero”, encuentran sentido, en una determinada relación jurídica, que el fiscal, en cada caso en concreto, deberá establecer, según la hipótesis que planteará en la demanda.
4. La Eficacia positiva de la cosa juzgada, si bien tiene reparos, en sede penal, no existe inconveniente de aplicación en el proceso de extinción de dominio.

VIII. Referencias bibliográficas

1. ARBULU MARTINEZ, Víctor Jimmy. *La Prueba en el nuevo procesal penal en La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Penal y Procesal Penal. Lima 2012. Pág. 96.
2. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*. Civitas. 6ed. 2007.

⁴¹ La aplicación de la regla del artículo 79° del Código penal, ha sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema en la Casación N°1027 – 2016 - Ica

3. ECHANDIA, Davis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo Primero. 5ta Edición. Temis. Bogotá.2002.
4. GARCIA CAVERO, Percy, El Decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. Revista de la Facultad de Derecho PUCP. N°81. Año 2018.
5. GALVEZ VILLEGAS, Tomás A; DELGADO TOVAR, Whalter J. *La Pérdida de Dominio en el Ordenamiento Jurídico Peruano*. 2da Ed. Jurista. Lima.2013.
6. PRIORI POSADA, Giovanni. La Competencia en el Proceso Civil Peruano. Revista Derecho & Sociedad. 2004. Lima.
7. NEYRA FLORES. José Antonio, Manual del nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. Ídem. Lima.2010 Pág. 550
8. NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada: el fin de un mito*. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales N°09. Diciembre 2016.
9. SANCHEZ VELARDE, Pablo. El Nuevo proceso Penal. Idemsa. Lima. 2009.Pág. 232.
10. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. lecciones. INPECCP. Lima.2015 Pág. 506
11. UGAZ ZEGARRA, Fernando. La Prueba en el proceso Penal. BLG. Lima.2010
12. VÁSQUEZ BETANCUR. Santiago. Fundamentos e Imputación en Materia de Extinción del Derecho de Dominio. aestriathesis, Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá. 2018.