

GACETA JURIDICA
Gaceta Penal & Procesal Penal
Nro. 128.
Febrero 2020

Carga de la Prueba en el proceso de extinción de dominio

Sergio Jiménez Niño.¹

Sumario. I. Notas Preliminares. II. Carga Procesal y Carga de la Prueba III. La Carga de la prueba en el Proceso de Extinción de Dominio. IV. Conclusiones. V. Recomendaciones. VI. Bibliografía.

I. Notas Preliminares

El Proceso de extinción de dominio en el Perú, se encuentra ad-ports de cumplir sus primeros doce meses de vigencia, desde mi visión de ex operador dentro del sistema, la fecha ha pasado casi desapercibida. Esto, aunque suena a crítica, no es más que el efecto de los principios y reglas que el Decreto Legislativo N°1373 contiene. Así pues, el principio de “publicidad” da cuenta que la investigación es reservada, y se entiende que dicha reserva incluye a la persona que está vinculada al bien; por tal motivo y siendo el plazo de indagación patrimonial 12 meses (en casos no complejos), es absolutamente entendible que aún no exista la suficiente eclosión de los casos sometidos al proceso de extinción de dominio.

Sin perjuicio de lo anotado al final del párrafo anterior, los medios de comunicación han dado cuenta de algunos resultados obtenidos por el Subsistema de Extinción de Dominio, como la reciente información vinculada a los bienes de un ex general del gobierno fujimorista (Saucedo Sánchez).

Casi un año después es necesario mencionar que la norma de extinción de dominio, perfectible como todas, requiere de ciertas precisiones que en otro lugar hemos puesto a conocimiento de la tribuna académica (JIMENEZ NIÑO 2019, 255); además, existen dos temas que, en mi opinión, merecen particular atención por las consecuencias que desarrollan: La Carga de la prueba y el estándar de prueba.

En esta ocasión, intentaremos describir la problemática alrededor del tema de la Carga de la Prueba, describiendo las bases de la institución, la evolución, las tipologías y sobre todos los efectos de esta dentro del proceso, dejando para otra oportunidad el encargo del estándar de prueba.

A modo de advertencia debemos indicar que la carga de la prueba ha sido recogida en la norma como un principio dentro del título preliminar y como tal es que se centra el análisis de la institución.

¹ Abogado 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.

II. Carga Procesal y Carga de la Prueba.

2.1 Carga Procesal.

Existe consenso en reconocer en GOLDSCHMIDT el inicio de los trabajos sobre las cargas procesales (Fernández López, 2004, pp.104; Devis Echeandía, 2002, pp. 377). El procesalista alemán, contrario a la formulación de su compatriota BULOW que entendía al proceso como un escenario donde se generaba una relación jurídica triangular, conformada por un sujeto activo (demandante), un sujeto pasivo (demandado) y el juez, cada uno de ellos con derechos y obligaciones; concebía que el proceso solo generaba obligaciones para el órgano jurisdiccional; por otro lado, las partes, lo que tenían eran posibilidades y cargas, ambas categorías conforman los que él llamó la situación jurídica procesal.

Las posibilidades generaban expectativas que consistían en la opción que un determinado hecho se produzca, las cargas, por su parte, se entienden como deberes consigo mismo de cumplir con los actos procesales. (Monroy Gálvez, 1996, pp. 111). Así pues, una adecuada actuación dentro del proceso daba la posibilidad a la parte, al final del día, a una resolución favorable; mientras que la carga (entiéndase su cumplimiento), tenía como efecto, la inexistencia de una desventaja procesal.

Si bien se le critica a GOLDSCHMIDT, haberse apresurado al excluir a las obligaciones dentro de la estructura del proceso, en tanto en muchas legislaciones se encuentra expresamente, se le reconoce ser el que introdujo la categoría de las cargas dentro de la teoría general del proceso.

Ahora bien, es importante recordar que la teoría general del proceso nos muestra una diferencia entre obligación y carga; así pues, existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también podrá dirigir su conducta en sentido contrario al previsto por la norma (no contestar la demanda, no presentar una apelación, por ejemplo). En la obligación, en cambio, se debe cumplir el acto y se puede obtener coercitivamente o se aplica en sustitución una sanción, como la de pagar perjuicio o multa. (Devis Echeandía, 2002, pp. 377).

Es preciso indicar que es a ROSENBERG a quien se le reconoce un valioso impulso al instituto de la *carga procesal*, para este autor alemán, implica una actividad que es siempre voluntaria aun cuando el dejar de cumplirla implique efectos perjudiciales al sujeto; no impone una obligación, ni un deber, pues de lo contrario implicaría decir “que cada parte tiene el deber de triunfar”. (Devis Echeandía, 2002, pp. 392).

En síntesis, en palabras de Echeandía (2002), carga es un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar ciertas conductas previstas en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción, ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables (pp. 401).

Finalmente, sobre el particular me parece adecuada realizar una distinción entre carga y derecho; en tanto, si bien, como expresa Echeandía (2002: pp399) en algunos casos la carga puede corresponder al ejercicio voluntario de ciertos derechos, no son los mismo. Con cargo a perjudicar el concepto, con fines pedagógicos podemos mencionar que la carga es una conminación para ejercer el derecho.

2.2 Carga de la Prueba.

El desarrollo del ítem anterior nos permite realizar una primera aseveración, la carga de la prueba, no es más que una especie del género carga procesal; por ello, llama la atención que los manuales de derecho procesal (penal) la primera ha merecido mayor atención que la segunda. (Devis Echeandía, 2002, pp. 401).

Ahora bien, la carga de la prueba (*onus probandi*) suele ser entendida, a partir del aforismo romano “*affirmanti incumbit probatio*” (quién afirma le incumbe probarlo), dicha máxima, a la vez, se interpreta como un “*deber*”² de identificar, recabar y ofrecer los medios de pruebas suficientes para obtener una resolución favorable.

Las normas procesales peruanas recogen en su texto, reglas sobre la carga de la prueba, así tenemos el código procesal civil peruano, que establece en su artículo 196°, lo siguiente:

Carga de la prueba. -

Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

En el mismo sentido el código procesal laboral, establece

Artículo 23.- Carga de la prueba

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (...)

En ambos casos se aprecia que la carga de probar se le atribuye a la parte que busca un efecto jurídico, cuyo presupuesto es la existencia (mejor, verificación) de un hecho.

² Se utiliza la palabra *deber*, para expresar el sentido coloquial de la expresión entre los operadores, siendo que, como hemos visto, en estricto no es un deber.

Particular atención merece el caso del proceso en el marco del Código de Protección y Defensa del Consumidor, donde se han establecido varias cargas probatorias, dentro de ellas tenemos:

Artículo 4.- Información sobre la integridad del precio

(...)

4.2 Los consumidores no pueden ser obligados al pago de sumas o recargos adicionales al precio fijado, salvo que se trate de servicios distintos o adicionales tales como transporte, instalación o similares cuya retribución no se encuentre incluida en el precio. Esta posibilidad debe ser informada de manera previa, adecuada y oportuna al consumidor, incluyendo el precio correspondiente a los recargos adicionales que puedan ser determinables por el proveedor, y aceptada expresamente por el consumidor. La carga de probar ello corresponde al proveedor.

Artículo 14.- Publicidad de promociones

(...)

14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante

Artículo 39.- Carga de la prueba

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este

En el proceso penal las cosas son un poco distintas, así pues, a partir de la presunción constitucional de inocencia contenida en el apartado e), numeral 24, del artículo 2° de la Constitución Política del Perú (“2.24.e. *Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.*”), es el Ministerio Público, quién tiene la carga de probar la existencia de los hechos que configuran el delito, así, el Código Procesal Penal, establece:

Artículo IV. Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

En nuestra opinión el reconocimiento expreso de reglas sobre cargas probatorias en las diferentes normas procesales, dan cuenta de su importancia, la cual, como veremos a continuación, va mucho más allá del obvio, “*tu alegas, tu prueba*”

Como se anotó líneas arriba, la carga de la prueba suele entenderse como carga de aportación, es decir, como la responsabilidad de llevar prueba al proceso. Sobre este particular, debemos recordar que, en estricto, no existe deber u obligación de aportar prueba, eso es contrario al concepto de carga procesal, en tal sentido, lo que en realidad tenemos en palabras de Montero Aroca (2000:35) es una regla que establece una consecuencia al riesgo de no llevar prueba. En síntesis, podemos mencionar que las partes no tienen la obligación,

sino la facultad o poder de llevar prueba, si no la llevan, deberán aceptar las consecuencias de ello.

Un segundo comentario sobre este particular está relacionado con el hecho de que no siempre “*el que alega, prueba*”, un claro ejemplo de lo expuesto es el proceso de filiación extramatrimonial. La parte demandante (la madre, por ejemplo), dirige su pretensión contra quién ella identifica como padre del menor, en este escenario la prueba de ADN se presenta como la solución al conflicto, y de acuerdo con la regla antes mencionada, sería ella quién deberá aportar la prueba, sin embargo, de acuerdo con ley N°30628³, la carga de la prueba recae en el demandado.

El ejemplo expuesto, en nuestra opinión, grafica claramente lo que queremos expresar: no, no es obvio, que quién demanda tiene la responsabilidad de ofrecer prueba, en tanto la norma, puede asignar esa labor a persona distinta al demandante.

Esa visión de la carga de la prueba (como regla de aportación) coincide con lo que en el *common law* conocen como *legal burden* (carga legal), esto es, como la carga de acreditar un hecho controvertido, la cual diferencian, claramente, de la *evidential burden* (carga probatoria), que expresa la carga de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido.

Así las cosas, las preguntas ¿Quién debe aportar la prueba? y ¿Quién pierde en escenarios de prueba insuficiente?, puede, sin ningún problema, recaer en personas distintas.

La noción de *evidential burden*, en nuestro sistema, se entiende como una regla de juicio, que sirve para resolver el proceso judicial, ante la inexistencia de prueba suficiente. Así pues, se dice que la carga de la prueba es un refugio al que ha de acudir todo juzgador cuando no estima suficientemente probados los hechos integrantes de la pretensión formulada (Climent Durán; 2005, pp 995)

En resumen, la carga de la prueba suele ser entendida en dos manifestaciones: a) Como una regla de aportación probatoria y b) Como una regla de decisión. La doctrina clasifica a estas manifestaciones como carga de la prueba formal y carga de la prueba material, respectivamente. (Fernández López, 2004; pp. 134)

Nieva Fenol (2019; pp. 27), a partir de un análisis histórico, comenta que la carga de la prueba, en sentido formal, tiene su origen en el proceso romano de cognición (*cognitio*), donde era un único juez (*ya no existía la fase in iure a*

³ Artículo 2 de la Ley N°30628.- Oposición

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes

cargo del pretor y la fase apud iudicen ante un juez) quién vía un *interlocutio*, establecía que prueba le correspondía aportar a cada parte. En nuestra opinión, a partir del análisis histórico que hace el profesor español, la fase previa del proceso medieval (*ius commune*), es donde puede estar la raíz del cómo se entiende la carga de la prueba en nuestra latitud, y es que, en dicha fase, contestada la demanda, el juez establecía plazos en los cuales las partes tenían que ofrecer los documentos y testigos que marcaban las leyes para cada caso en concreto; siendo que, si no presentan las pruebas, ya no existía actuación probatoria y se perdía el proceso.

El jurista español manifiesta que la concepción formal de la carga de la prueba tenía sentido en un sistema legal (tasado) de valoración de la prueba, en tanto las partes sabían, a partir del catálogo de pruebas establecidas en la norma, qué debían aportar para ganar un proceso. Sin embargo, esa lógica cambió a partir de la llegada del principio de comunidad de la prueba (*también conocido como principio de adquisición de la prueba*) donde ya no importa quién aportaba la prueba o si el juez la generaba de oficio, lo importante era encontrar la veracidad de los hechos, a la que se podía llegar en favor del demandante con pruebas ofrecidas por la parte demandada, esto en una lógica de un sistema de libre valoración de la prueba. En palabras de Nieva Fenol, es en ese momento donde decae toda la utilidad que hasta entonces tenía la carga de la prueba en sentido formal. (Nieva 2019; 35)

Esta última idea del profesor español, no nos parece del todo adecuada, si bien se coincide que, en escenarios de prueba suficiente la decisión judicial no tendría por qué hacer referencia a quién introdujo u ofreció la prueba; la *noción o idea* de que a un proceso se debe llevar prueba que acredite la pretensión invocada (carga de aportación), es algo que, en nuestra opinión, deben tener presente las partes que ingresan a un determinado proceso, no se debe promover procesos pensando que el juez (con las limitaciones del contenido del principio dispositivo) ordenará prueba de oficio, o que la parte contraria aportará prueba que sume a la pretensión del demandante. Por lo expuesto considero que la noción de carga de la prueba formal, es algo que no debiera desaparecer o carezca de sentido alguno.

Ahora bien, la carga de la prueba, según la doctrina mayoritaria, es una institución que encuentra ámbito de aplicación al final del proceso, en el momento de la decisión judicial y solo si estamos ante un escenario de prueba insuficiente. Así pues, si el juez al valorar la prueba actuada está convencido de los hechos, no tiene que recurrir a la carga de la prueba, en tanto si existe prueba suficiente. Pero qué sucede cuando hay insuficiencia probatoria y se desea evitar el *non liquet* (“*no está claro*”, *formula romana que genera que el proceso se mantuviera de manera indefinida*), se recurre a la carga de la prueba, como solución normativa para resolver el conflicto, de tal manera que el Juez, ante la presencia de prueba insuficiente, tendrá que verificar quién, según la norma procesal, tenía la carga de probar el presupuesto del efecto jurídico de la norma, y al identificarlo, será quién deba perder el proceso.

Lo expresado en líneas anteriores, lleva a Jordi Ferrer Beltrán a resumir la cuestión, mencionando que la carga de la prueba en nuestra tradición jurídica ayuda a responder a la pregunta ¿Quién pierde el proceso, si no hay prueba suficiente? (Ferrer. 20019; 57)

III. La Carga de la prueba en el proceso de Extinción de Dominio.

En primer lugar, corresponde hacer referencia a la forma en que ha sido recogido el tema de la carga de la prueba en nuestra ley de extinción de dominio.

Artículo II. Principios y criterios aplicables para la declaración de extinción de dominio

Para la aplicación del presente decreto legislativo, rigen los siguientes principios y criterios:

(...)

2.9. 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.

En mi opinión, la redacción del principio de la carga de la prueba en la ley no ha sido la más adecuada, entre otras cosas, por vincular el tema de la carga de la prueba a dos momentos divididos por la admisión a trámite de la demanda, además de no seguir las líneas doctrinarias antes descritas.

Veamos *¿Cuál es la carga impuesta al Ministerio Público?* literalmente la norma establece que corresponde al fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien, pero también, a partir de la preposición “para”, se establece la finalidad de dicha labor, y es, la admisión de la demanda.

Es aquí donde se percibe una inadecuada técnica legislativa, en tanto existe una disonancia entre la sumilla “carga de la prueba” y el tenor inicial de su contenido: “*para la admisión a trámite de la demanda..*”, esta frase se entiende como un efecto que se obtiene por cumplir un requisito posterior: “*ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien*”; por lo tanto, tal y como está redactada, en estricto, es una regla de admisibilidad de la demanda⁴, no así, una carga probatoria.

Ahora bien, la parte final del principio recogido en la ley establece lo siguiente: “*Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo*”; en nuestra opinión, este texto da cuenta de una carga probatoria impuesta al requerido en la etapa judicial.

⁴ Si la entendemos como carga de aportación (*legal burden*), queda mucho más claro que la carga está relacionada con la admisión de la demanda.

Esto, de acuerdo con las reglas mencionadas, generaría que, ante un escenario de prueba insuficiente, sea el requerido el que pierda el proceso de extinción.

Con relación a la carga de la prueba impuesta al requerido, podría mencionarse que “*se supone*” que si bien no podría existir prueba suficiente de la licitud del bien (en tanto el requerido puede decidir no contestar la demanda), si debe de existir prueba suficiente de la ilicitud del bien que es objeto del proceso. Ante esta aseveración, insistimos, en escenarios de prueba suficiente – quién quiera la haya aportado – es irrelevante y la carga de la prueba, en sentido material, no tendría espacio de existencia. Pero que sucede si la prueba es insuficiente, ese es el punto a donde queremos llegar y es que, el principio de carga de la prueba, tal y como ha sido recogido en la ley, no le ha impuesto una carga probatoria al Ministerio Público que permita concluir que perderá el proceso, ante la inexistencia de prueba insuficiente.

La situación descrita no es secundaria; reflexionemos, cuál sería el resultado del proceso, si hay prueba insuficiente del origen ilícito del bien, pero también hay prueba insuficiente del origen lícito del bien. *¿Quién pierde?* Volveremos sobre este particular.

Algo que llama nuestra atención, es que la redacción del principio de la carga de la prueba en nuestra ley se alejó de la notoria influencia colombiana, así pues, en el artículo 152° del Código de Extinción de Dominio de Colombia, la institución de la carga de la prueba se establece de la siguiente manera:

ART. 152.- Carga de la prueba. Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso de extinción de dominio deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos.

Sin perjuicio de lo anterior, por regla general, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestran la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio. (subrayado mío)

Cuando el afectado no allegue los medios de prueba requeridos para demostrar el fundamento de su oposición, el juez podrá declarar extinguido el derecho de dominio con base en los medios de prueba presentados por la Fiscalía General de la Nación, siempre y cuando ellos demuestren la concurrencia de alguna de las causales y demás requisitos previstos en esta ley para tal efecto.

Bastante clara también es la norma de El Salvador (Decreto N°534), de la cual la nuestra también es tributaria:

Carga de la Prueba Art. 36.- Corresponde a la Fiscalía General de la República probar el origen o la destinación ilícita de los bienes sujetos a extinción de dominio.

Finalmente, sobre este particular, podemos mencionar que más recomendable hubiese sido seguir la pauta de la ley modelo para la Extinción de Dominio

elaborada por el Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la ONU en el año 2011, en la cual se reconoce lo siguiente:

Artículo 35. Carga de la prueba. Corresponde a cada parte probar los fundamentos que sustentan su posición

Ahora bien, en nuestra opinión, una redacción más adecuada del principio de la carga de la prueba, acorde con la tendencia internacional, hubiese sido el siguiente:

Artículo II. Principios y criterios aplicables para la declaración de extinción de dominio

Para la aplicación del presente decreto legislativo, rigen los siguientes principios y criterios:

(...)

2.9. Carga de la prueba: Corresponde al Fiscal acreditar el supuesto de hecho que configura el presupuesto que invoca en su demanda; además, de corresponder, deberá acreditar la mala fe del tercero. Admitida a trámite la demanda, el requerido podrá demostrar el origen o destino lícito del mismo.

Una estructura del artículo 2.9 del Título Preliminar de ley en los términos propuestos, da cuenta de cargas probatorias a cada una de las partes, así pues, el Ministerio Público tiene la carga de probar el hecho presupuesto del efecto jurídico que busca (el origen o destino ilícitos del bien objeto del proceso de extinción), y el requerido tiene la carga de acreditar un hecho impeditivo (el origen o destino lícito del bien).

Recapitemos, si el Ministerio Público durante la indagación patrimonial recaba elementos de convicción suficientes, que le permiten ofrecer medios probatorios que generen convicción al juez de la ilicitud del bien, este declarará fundada la demanda y decidirá la extinción del bien; lo mismo sucedería si la prueba aportada por el Ministerio Público es insuficiente, pero el Juez se crea convicción a partir de las pruebas aportadas por el requerido, en ambos escenarios, al existir prueba suficiente, la carga de la prueba no jugaría ningún rol.

Estaríamos ante el mismo resultado, si el Ministerio Público aporta prueba suficiente, y el requerido ofrece prueba insuficiente; sin embargo, ha de quedar claro, que el requerido pierde el proceso, no porque su prueba es insuficiente (*en tanto puede también decir no contestar la demanda*), sino, porque la fiscalía, logró acreditar el supuesto de hecho que genera la consecuencia jurídica.

Ahora bien, si el Ministerio Público, aporta prueba, pero esta es insuficiente (*de acuerdo con la valoración judicial*) y el requerido no ofrece prueba, el juez recurre a la regla de la carga de la prueba, verifica que la fiscalía tiene la carga de la prueba del hecho constitutivo, y declarará infundada la demanda.

Finalmente, qué sucede si el Ministerio Público aporta prueba insuficiente (del origen ilícito), y el requerido también aporta prueba insuficiente (del origen lícito) ¿quién pierde? Aquí la respuesta es relativamente sencilla, y de ninguna manera está vinculada a alguna presunción de inocencia del titular o licitud del bien, en tanto dichas presunciones no están establecidas en ley; sino, la solución se obtiene con el uso de la carga de la prueba. Gráficamente.

- a. ¿Cuál es el presupuesto para la extinción de dominio en el apartado a) del numeral 7?1 del artículo 7 de la ley peruana? Pues que el bien sea – entre otras posibilidades – efecto del delito
- b. ¿Quién tiene la carga de probar que el bien es efecto del delito? – en mérito al artículo 2.9 del texto que se propone, el Ministerio Público.
- c. Al no existir, prueba suficiente de ello, el Ministerio Público, es quién pierde el proceso.

Considero que la pregunta que a este nivel puede realizarse es *¿acaso no se puede utilizar, exactamente, el mismo razonamiento y conclusión, tal y como la norma está redactada?*

No cabe duda, que el sentido común – *quizá bastante influenciado por siglos de “el que alega prueba”* – puede llevarnos a responder afirmativamente la cuestión; sin embargo, existe reparos suficientes para establecer esta consecuencia jurídica a partir del texto vigente de la norma de extinción de dominio.

1. Una regla que responda a ¿quién pierde en caso de prueba insuficiente? no es algo que deba tomarse a la ligera, sino, por lo efectos que genera, debe estar expresada en los términos más claros posibles.
2. La regla que responda a ¿quién pierde en caso de prueba insuficiente? no es un principio universal incuestionable, en estricto es una decisión del legislador, que puede incluir lo que en doctrina se conoce como “*inversión de la carga de la prueba*”, que – aparentemente – es lo que ha sucedido en el caso peruano.

Otra interrogante que puede plantearse es *¿Si el presupuesto para extinguir el bien – en el supuesto analizado - es que sea efecto del delito? ¿Cómo es posible que, si ello no está acreditado de manera suficiente, exista la posibilidad de que el requerido sea el que pierda el proceso?*

Lo mencionado no es en absoluto extraño, y justamente, ahí radica la lógica de la llamada inversión de la carga de la prueba, donde lo que sucede habitualmente es que el demandante le baste con alegar lo que afirma, siendo el demandado quien tiene que descartar la presencia del hecho constitutivo (Nieva 2019; pp 46); esto normalmente fundado en razones de facilidad probatoria.

Esto último nos lleva a preguntarnos, *¿el sentido de la norma es reconocer una decisión política de imponer carga probatoria a los ciudadanos en los términos expuestos?*

La respuesta no es en absoluto sencilla, y la verdad responder en sentido afirmativo no sería descabellado, en principio, por el texto expreso de la ley y teniendo en cuenta la tendencia contenida en otros principios que reconoce la ley, como el de “*aplicación en el tiempo*” donde se toma postura en dos demás tan sensibles como la retroactividad y la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio; además del “*principio de publicidad*”, donde se establece el secreto (*la norma dice reserva*) de la indagación patrimonial, lo que incluye a las personas vinculados con el bien (propietarios registrales, por ejemplo).

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, consideramos que, si bien es válido reconocer al requerido una carga de la prueba a partir del texto del artículo 2.9 del Título Preliminar de la ley, cuyo efecto es verse perjudicado con la regla de juicio. Consideramos que, al tener el Ministerio Público, todas las prerrogativas y posibilidades de acceder a la prueba (*uso de coerción, posibilidad de intervención legítima de los derechos etc*) no existe una dificultad o imposibilidad de acceso a la prueba de los hechos presupuesto de su pretensión (aunque se encuentra en dominio del requerido), que justifique la opción de relevarlo de prueba, aplicando una inversión probatoria.

Por tal motivo, siendo consciente que se me puede acusar de simplista, considero que, tal y como la norma está redactada, se ha incurrido en un error al introducir una regla de admisibilidad de la demanda en el principio de “*carga de la prueba*”, y, además, la carga impuesta al requerido debe entenderse solo como una regla de aportación (*legal burden*); no así como una regla de juicio, en tanto, *a priori* no se visualizan las razones que justifican la llamada inversión de la carga de la prueba.

La postura asumida, lleva a la lógica consecuencia que en la ley de extinción de dominio del Perú no exista una carga de la prueba en sentido material (una regla de juicio). Nieva Fenol, sostiene que, en casos como este (donde no existe regla procesal), no existiría inconveniente y la solución está en observar la norma material (*la norma sustantiva, la que reconoce el derecho*) que la parte procura su aplicación, siendo que, al no estar acreditada el supuesto de hecho de la norma sustantiva, el efecto no podría aplicarse. (Nieva 2019; pp 39). Si bien a esta postura se le puede criticar, el regreso a escenarios de falta de independencia del derecho procesal del derecho material, consideramos que es la más coherente de acuerdo con las razones de las instituciones jurídicas.

IV. CONCLUSIONES.

1. La carga de la prueba no es más que es una especie del género carga procesal.
2. La carga de la prueba, no se entiende como una obligación, sino como un poder o facultad de ejercer determinados actos procesales, siendo que su inobservancia genera disminución de posibilidades de sentencia favorable.
3. La ley de extinción de dominio peruana reconoce el principio de *carga de la prueba*, sin embargo, su redacción recoge, para el Ministerio Público, una regla de admisibilidad de la demanda.
4. La redacción del principio de *carga de la prueba* en la norma peruana recoge – aparentemente - lo que en doctrina se conoce como inversión de la carga de la prueba; cuya consecuencia sería que en escenarios de prueba insuficiente (*no solo de la licitud, sino de la ilicitud del bien*) sea el requerido quien pierda el proceso
5. En nuestra opinión, al ser el Ministerio Público la contraparte del requerido en el proceso, no se justifica – como una regla – la inversión de la carga de la prueba, en tanto las dificultades probatorias, pueden ser suplidas con medidas de restricción de derechos reconocidas en el ordenamiento jurídico.
6. En nuestra opinión, la carga de la prueba impuesta al requerido en el principio debe ser entendida como una regla de aportación, no, como una regla de juicio.
7. Ante la inexistencia de la carga de la prueba (como una regla de juicio), se deberá recurrir al contenido de la norma material, para procurar su aplicación.

V. RECOMENDACIÓN

1. Para mantener una coherencia con la tendencia internacional en materia de carga de la prueba en extinción de dominio, se propone el siguiente texto para el numeral 2.9 del Título Preliminar de la Ley de Extinción de Dominio.

2.9. Carga de la prueba: Corresponde al Fiscal acreditar el supuesto de hecho que configura el presupuesto que invoca en su demanda; además, de corresponder, deberá acreditar la mala fe del tercero. Admitida a trámite la demanda, el requerido podrá demostrar el origen o destino lícito del mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- CLIMENT DURAND, Carlos. La Prueba Penal. Tomo I y II. 2da ed. Tirant to Blanch. Valencia. 2005.
- ECHEANDIA, Devis. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I y II. Temis. Colombia 2002.
- FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes. Prueba y Presunción de Inocencia. Iustel. Madrid. 2005.
- MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al Proceso Civil. Temis. Lima. 1996
- NIEVA FENOLL, Jordi. La Carga de la Prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida en Contra la Carga de la Prueba. Marcial Pons. Madrid. 2019.
- NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración racional de la Prueba. Marcial Pons. Madrid. 2010

- FERRER BELTRÁN, Jordi. La Carga dinámica de la Prueba. Entre la confusión y lo innecesario en Contra la Carga de la Prueba. Marcial Pons. Madrid. 2019.
- ROSENBERG, Leo. La Carga de la Prueba. Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile. 2017.