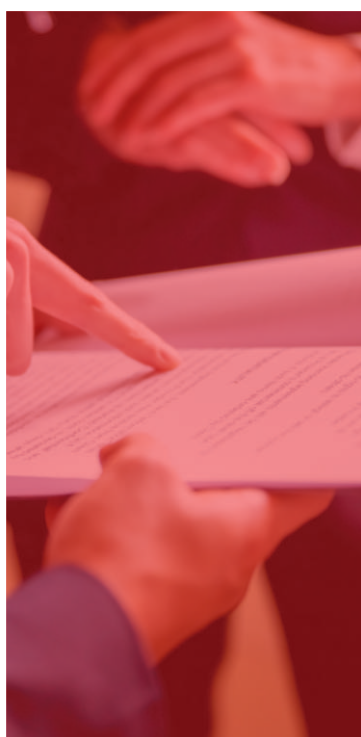
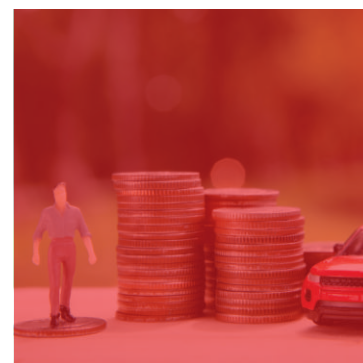
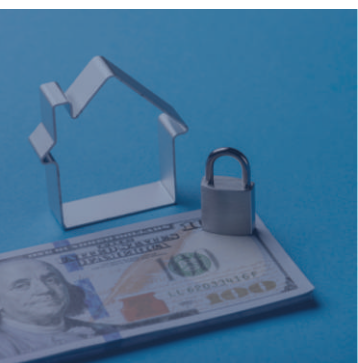
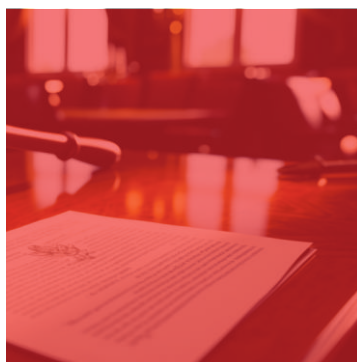




La **EXTINCIÓN DE DOMINIO** desde sus principios



La publicación *La extinción de dominio desde sus principios* es un producto de conocimiento elaborado en el marco del Programa de Fortalecimiento de la Gestión de las Finanzas Públicas a nivel Subnacional en el Perú (2024-2028) de la Cooperación Económica Suiza (SECO), implementado por el Basel Institute on Governance.

Editado por:

Basel Institute on Governance Sucursal Perú

Av. Jorge Basadre 870 - San Isidro

Lima - Perú

T (+51) 977 187 775

www.baselgovernance.org

www.gfpsubnacional.pe

Con apoyo de:

Programa de Cooperación Económica de Suiza

Secretaría de Estado para Asuntos Económicos - SECO

Embajada Suiza

Av. Salaverry 3240, San Isidro, Lima, 27

T (+51 1) 264 0305

seco.lima@sdg.net

www.cooperacionsuiza.pe/seco

www.seco.admin.ch

Elaboración de contenidos:

Jeampool Johnnatan Giampier Gonzales Córdova,
Sergio Enrique Rodríguez Salinas, Sergio Jiménez Niño,
Erick Vladimir Guimaray Mori, Joseph Celso Domínguez
Miñano, Jhanira Yamali Morales Aniceto, Walther Javier
Delgado Tovar, Deily Arlene Pereda Rodríguez.

Revisión de contenidos:

Centro de Gestión de Conocimiento - ICAR

Corrección de estilo:

Gerson Rivera Cisneros

Apoyo editorial:

Romina Cruz Valencia

Diseño y diagramación:

Percy López

ISBN: 978-612-49673-2-0

Primera edición: Lima, mayo de 2025

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del
Perú: N° 2025-04941

Se autoriza la reproducción total o parcial de este
documento, siempre y cuando se mencione la fuente.
Distribución gratuita. Prohibida su venta.

La extinción de dominio desde sus principios

2

El contenido de esta publicación no refleja, necesariamente, la opinión del Basel Institute on Governance, de la Universidad de Basilea o del Gobierno suizo.

Prólogo

El segundo número de esta publicación académica, realizada en el marco del Programa de Fortalecimiento de la Gestión de Finanzas Públicas a nivel Subnacional en el Perú (2024-2028), de la Cooperación Económica Suiza (SECO) e implementado por el Basel Institute on Governance, se enfoca en ofrecer una perspectiva clara y fundamentada sobre los principios de la norma peruana de decomiso sin condena.

La extinción de dominio se ha consolidado como un instrumento para la recuperación de activos y la lucha contra el patrimonio criminal en el ordenamiento jurídico peruano, normado a través del Decreto Legislativo N.º 1373. Sin embargo, su aplicación no ha estado exenta de cuestionamientos.

En este contexto, esta publicación busca contribuir a la comprensión y la correcta aplicación de los principios que rigen la extinción de dominio, resaltando la importancia de su interpretación armónica con los principios y los valores del Estado constitucional de derecho. El fortalecimiento de esta herramienta es crucial para preservar su eficacia en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción.

A lo largo de sus páginas, se abordan diversos aspectos clave de la extinción de dominio. Jeampool Gonzales inicia con un análisis sobre los derechos en discusión dentro del proceso, extendiendo la discusión más allá del derecho de propiedad. Sergio Rodríguez examina la aplicación en el tiempo de la extinción de dominio, con especial atención a la coherencia normativa y los desafíos interpretativos. Seguidamente, Sergio Jiménez desarrolla algunas ideas sobre la nulidad y

la protección del tercero en el proceso. Erick Guimaray analiza la autonomía de la extinción de dominio frente a otras decisiones jurisdiccionales, subrayando su independencia y especificidad.

La revista también recoge los aportes de Joseph Domínguez sobre la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio, destacándola como un elemento procesal fundamental. Jhanira Morales profundiza en la relevancia de la cosa juzgada. Asimismo, Walther Delgado ofrece una mirada crítica al principio de prevalencia. Finalmente, Deily Pereda explora las complejidades de la publicidad, la reserva y los derechos del requerido, buscando equilibrar la transparencia con las garantías procesales.

Es importante mencionar que la elaboración de la presente revista coincide con el proceso de entrada en vigor de la Ley N.º 32326, que modifica el Decreto Legislativo N.º 1373. Por tal motivo, aunque las modificaciones no constituyen objeto de análisis específico por parte de los especialistas, sí han sido referenciadas conforme al estado de la cuestión al momento de la elaboración de los artículos.

Esperamos que las reflexiones desarrolladas en esta edición contribuyan a enriquecer el debate y a una eventual nueva modificatoria de la ley, que restituya la autonomía y el poder que una herramienta de política criminal requiere.

Sergio Jiménez Niño
Coordinador temático del
Área de Recuperación de Activos
Programa GFP Subnacional

Presentación

La tercera etapa del Programa de Fortalecimiento de la Gestión de Finanzas Públicas a nivel Subnacional en el Perú (2024-2028) marca una nueva y crucial fase en nuestro compromiso por reforzar las capacidades de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley. En esta etapa, se incorporan nuevas estrategias para fortalecer la política de recuperación de activos y adaptarse a las circunstancias cambiantes.

Actualmente, uno de los instrumentos más poderosos para la recuperación de activos en el ordenamiento jurídico peruano —y, por tanto, para contrarrestar el patrimonio criminal— es, sin lugar a dudas, la extinción de dominio, normada a través del Decreto Legislativo N.º 1373, Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio. No obstante, dicho instrumento no ha estado exento de cuestionamientos desde diferentes sectores, los cuales han promovido el debate sobre la eventual modificación de sus alcances.

Por ello, a través de este segundo número, el Programa GFP Subnacional ofrece una perspectiva clara y fundamentada que contribuya a la comprensión y aplicación de los principios que rigen la extinción de dominio. El fortalecimiento de esta herramienta exige una interpretación armónica con los principios y valores que rigen un Estado constitucional de derecho, lo cual resulta clave para preservar su eficacia en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción.

Contenido

Prólogo	5
Presentación	7
Contenido	9
Colaboradores	11
Los otros derechos en el principio de dominio de los bienes	13
La aplicación en el tiempo de la extinción de dominio. Una cuestión de coherencia normativa	23
La nulidad y la protección del tercero en la extinción de dominio	39
La autonomía de la extinción de dominio frente a otras decisiones jurisdiccionales	53
La carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio	65
La cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio	79
Principio de prevalencia: una mirada crítica	93
Publicidad, reserva y derechos del requerido	109

Colaboradores

Walther Delgado



Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es subdirector para Latinoamérica del Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés) y especialista sénior en recuperación de activos del Green Corruption Programme de Basel Institute on Governance. Brinda asistencia técnica en investigación financiera y patrimonial, así como estrategias de recuperación de activos a operadores de justicia en diferentes países de Latinoamérica.

Jeampool Gonzales



Abogado por la Universidad Nacional de Piura. Actualmente, es consultor en recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO, implementado por el Basel Institute on Governance. En su rol, brinda asistencia técnica y jurídica en el desarrollo de estrategias relacionadas con la recuperación de activos vinculados a corrupción de funcionarios y lavado de activos.

Joseph Domínguez



Abogado por la Universidad César Vallejo. Actualmente, es especialista sénior en recuperación de activos en el ICAR del Basel Institute on Governance. Desde allí, se dedica a brindar asistencia técnica y jurídica a operadores de justicia en materia de recuperación de activos ilícitos en casos emblemáticos de la región.

Erick Guimaray



Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz. Actualmente, es especialista sénior en recuperación de activos del Basel Institute on Governance y se desempeña como jefe del Centro de Gestión de Conocimiento, donde brinda soporte académico y conceptual en el ámbito de recuperación de activos para los programas de ICAR en diferentes países de Latinoamérica. Además, dirige la Comunidad de Conocimiento en Recuperación de Activos, espacio de intercambio de experiencias en esta materia entre profesionales del continente americano.

Sergio Jiménez



Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo. Actualmente, se desempeña como especialista sénior en recuperación de activos del Basel Institute on Governance y ejerce el cargo de coordinador temático del componente de recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO. Brinda asistencia técnica en prevención y lucha contra la corrupción, lavado de activos y recuperación de activos provenientes de estos ilícitos y de aquellos medioambientales.

Deily Pereda



Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es consultora en recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO, implementado por el Basel Institute on Governance. En este cargo, proporciona asesoría técnica y jurídica a los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley de diferentes regiones del país a través de análisis legales, diseño de estrategias jurídicas e investigativas, capacitación técnica, y la elaboración de instrumentos de mejora de gestión.

Jhanira Morales



Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo. Actualmente, es consultora en recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO, implementado por el Basel Institute on Governance. En su rol, brinda asistencia técnica y jurídica a los operadores de justicia mediante el diseño y propuesta de estrategias de investigación en casos de recuperación de activos ilícitos vinculados a delitos de corrupción de funcionarios.

Sergio Rodríguez



Magíster en Sistema Penal y Criminalidad por la Universidad de Cádiz, y magíster en Docencia Universitaria por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es especialista en recuperación de activos del Basel Institute on Governance y forma parte del equipo de entrenamiento de ICAR. Desde allí, desarrolla e imparte programas de capacitación en investigaciones financieras y recuperación de activos para América Latina y otras regiones donde ICAR tiene presencia. Además, desarrolla productos de conocimiento en materia de recuperación de activos.



Los otros derechos en el principio de dominio de los bienes

Jeampool Gonzales

Resumen

El artículo propone a los operadores del proceso de extinción de dominio adoptar una visión amplia respecto a la posibilidad de extinguir diversos derechos patrimoniales más allá del derecho de propiedad. Esta ampliación se justifica en la diversidad de derechos aparentes que conforman los patrimonios criminales, así como en otros argumentos que se presentan a la comunidad académica.

Sumario

Introducción

1. El principio de dominio de los bienes
2. La sentencia y los otros derechos
3. Algunos otros derechos
 - 3.1. Extinción del derecho de usufructo
 - 3.2. Extinción del derecho de posesión
 - 3.3. Extinción de los derechos de garantía (hipoteca)
 - 3.4. Extinción de los derechos de crédito

Conclusiones

Referencias



Introducción

Las actividades delictivas generan riqueza que se materializa a través de distintos derechos. Estos pueden ser el usufructo, la posesión, el derecho de explotación minera, entre otros. No obstante, se presta mayor atención al derecho de propiedad debido a su significativa incidencia operativa en nuestro subsistema.

Así pues, la presencia innegable del derecho de propiedad en el contenido de los patrimonios criminales puede llevarnos a perder de vista los distintos derechos que constituyen manifestaciones de activos ilícitos en su origen o destinación. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de usufructo sobre una casa de playa o el derecho de posesión sobre una casa de campo adquiridos con dinero ilícito o destinados a actividades ilícitas.

La precisión antes mencionada en relación con el tema que nos ocupa conduce a un sendero de inevitables preguntas, como las siguientes: ¿es posible la extinción de cualquier derecho —distinto del derecho de propiedad— en el proceso de extinción de dominio? ¿Se han extinguido derechos diferentes al de propiedad desde la entrada en vigor de la Ley de Extinción de Dominio? Este artículo intentará responder a estas interrogantes a partir del principio de dominio de los bienes, pilar¹ de la extinción de dominio.

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-374-97, expediente 374/97, considerando 1. Consultado el 24 de abril de 2025.

1 El principio de dominio de los bienes

El principio de dominio de los bienes se encuentra consagrado en el artículo II, inciso 2.4, de la Ley de Extinción de Dominio² (en adelante LED) y en el artículo 5, inciso 5.2, del reglamento de esta ley³. En estos artículos se puede advertir un mensaje claro: la protección del derecho de propiedad u otros derechos sobre bienes patrimoniales se extiende únicamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico. En ese sentido, se entiende que los derechos deben gestarse, desarrollarse y ejercitarse precisamente en el marco de lo permitido por el ordenamiento jurídico (Gálvez y Delgado 2013, 65). El corolario de lo mencionado es que los agentes del delito no tienen ningún derecho ni protección sobre los activos que componen sus patrimonios criminales.

Ahora bien, el tenor del artículo II, inciso 2.4, señala de manera taxativa: "La protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico". Esta descripción requiere que el operador identifique cuáles son esos "otros derechos" que la norma referencia.

Para responder dicha interrogante se debe tener en cuenta que el principio, tal y como está redactado, transmite un mensaje de garantía y de protección que alcanza no solo el derecho de pro-

piedad, sino también —en línea con lo mencionado anteriormente— la diversidad de derechos patrimoniales⁴, entre los cuales se encuentran los derechos reales, crediticios, intelectuales⁵ y otros similares (Torres 2019, 424).

Esto guarda consonancia con nuestro sistema económico constitucional, pues aunque es cierto que la Constitución Política no hace referencia al derecho fundamental al patrimonio, sino solo al derecho de propiedad, ello no significa que los derechos patrimoniales queden sin protección (Rojas 2020, 10).

Adicionalmente, la ubicación del artículo 70 en el título del Régimen Económico de la Constitución Política no resulta casual por cuanto el Tribunal Constitucional, interpretando nuestro régimen económico, ha señalado que para el derecho constitucional la propiedad no queda "enclausurada" en el marco del dominio de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica⁶. Por lo tanto, el sistema económico requiere que todo activo pecuniario goce de protección, pues desde el punto de vista constitucional se entiende como propiedad no solo el dominio civil, sino cualquier manifestación desmembrada o incluso los derechos de crédito (Mejorada 2022, 549).

² Artículo II del título preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373. Principios y criterios aplicables para la declaración de extinción de dominio: [...] 2.4. Dominio de los bienes: La protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquellos que recaigan sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico. Asimismo, poseer, detentar o utilizar bienes de origen ilícito o destino ilícito no constituye justo título, salvo el derecho del tercero de buena fe.

³ Artículo 5 del reglamento del Decreto Legislativo N.º 1373. Principios: [...] 5.2. Principio de dominio de los bienes: La extinción de dominio tiene como límite el derecho a la propiedad lícitamente obtenida y ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. La protección no se extiende a aquellos bienes obtenidos con infracción a la Constitución o a la ley.

⁴ El conjunto de derechos patrimoniales del sujeto constituye lo que se denomina su patrimonio.

⁵ Conforme al Decreto Legislativo N.º 823, Ley de Propiedad Industrial, se puede citar como ejemplo el caso de una patente adquirida con dinero ilícito que empieza a generar regalías.

⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 26.

Ahora bien, si el alcance del principio —en tanto mandato de optimización— permite abarcar una serie de derechos distintos al de propiedad a fin de ser protegidos, en consecuencia, debe aceptarse que estos no gozarán de la protección del Estado y podrán ser objeto de alguna consecuencia jurídica, como la extinción de dominio, cuando su origen o destino se vinculen con actividades contrarias al ordenamiento jurídico.

Pensar lo contrario significaría maximizar el alcance de la protección de los derechos sin aparejar consecuencias jurídicas a su adquisición o destinación ilícitas y; a la vez, implicaría limitar a los Estados en su lucha por la recuperación de activos ilícitos.

En esa tesitura, el principio que es objeto del presente análisis podría leerse de la siguiente manera: la protección de los derechos patrimoniales que recaigan sobre los bienes patrimoniales.

Si bien la propuesta resulta cacofónica, es una construcción que puede aceptarse de cara a la protección de los derechos mencionados o, en todo caso, es una consecuencia de la técnica legislativa utilizada, que pudo ser mejor trabajada.

Lo descrito en las presentes líneas parece coincidir con lo establecido en la legislación colombiana. Así, en el inciso 3 del artículo 1 del Código de Extinción de Dominio de Colombia se señala: "[...] 3. Bienes. Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer **un derecho de contenido patrimonial**" (énfasis añadido).

Por lo tanto, ante la primera interrogante planteada sobre la posibilidad de extinguir derechos distintos al de propiedad —en línea con lo descrito—, corresponde señalar que sí es posible.

2 La sentencia y los otros derechos

El artículo 32 de la LED⁷, respecto a los alcances de la sentencia, señala: "La sentencia que declara fundada la demanda debe [...] declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios".

Como se puede apreciar, el pronunciamiento del juzgador debe recaer sobre todos los derechos reales, tanto principales como accesorios. Esto, interpretado en un sentido literal, podría llevar a la conclusión de que son esos (y solo esos) los derechos que se discuten en el proceso de extinción de dominio; sin embargo, puede sostenerse que, en tanto el artículo 32 de la LED no

niega ni prohíbe la declaración de extinción de otros derechos —además de los reales—, no estamos ante una limitación normativa. En todo caso, es una precisión ilustrativa, pero no restrictiva.

Adicionalmente, no se debe perder de vista que el principio de dominio de los bienes forma parte de un catálogo de principios que la ley establece en su título preliminar, los cuales sirven como directriz de interpretación de todo su contenido normativo. En ese sentido, la regla del artículo 32 debe ser interpretada a la luz del principio regulado en el inciso 4 del artículo II del título preliminar de la

⁷ Artículo 32 del Decreto Legislativo N.º 1373. Alcances de la sentencia:

La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. Debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado. Asimismo, ordena que esos bienes pasen a la administración del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) dentro de las veinticuatro (24) horas de expedida la sentencia. Sin embargo, esta entidad no puede disponer de aquellos bienes hasta que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada.

LED, y no al revés. Por lo tanto, si el principio habilita la protección de derechos distintos al de propiedad (y, como corolario, permite imponer una consecuencia jurídica ante alguna disfuncionalidad), la regla no puede limitar dicho alcance.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que sería conveniente la modificación del artículo 32 de la LED en los siguientes términos: "La sentencia que declara fundada la demanda debe [...] declarar la extinción de todos los **derechos (principales y accesorios)**" (énfasis añadido).

3 Algunos otros derechos

En cuanto a la segunda pregunta planteada, respecto a si se han extinguido derechos diferentes al de propiedad desde la entrada en vigor de la LED, la respuesta es afirmativa. A continuación, se abordan algunos casos.

3.1 Extinción del derecho de usufructo

La Sala de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio con sede en Lima, en el Expediente N.º 00098-2019-0-5401-JR-ED-01⁸, resolvió un caso en el que se extinguió el derecho de usufructo por 99 años sobre un terreno de playa. Este representaba uno de los derechos patrimoniales que ostentaba la parte requerida, vinculada a actividades ilícitas de corrupción de funcionarios.

Entre sus fundamentos la Sala sostuvo que los bienes adquiridos con fondos procedentes de una actividad ilícita no se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico, tal como se establece en el numeral 2.4 del artículo II del título preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373.

Coincidimos con el fallo y el fundamento de los jueces superiores por cuanto —como se ha mencionado— la protección de los derechos patrimoniales se extiende únicamente a aquellos que se hayan gestado, desarrollado y ejercitado en el marco de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

3.2 Extinción del derecho de posesión

La Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, en el Expediente N.º 00056-2024-0-1601-SP-ED-01/Loreto⁹, analizó la posibilidad de extinguir el derecho de posesión. En este caso, una persona jurídica había adquirido de una comunidad campesina el derecho de posesión sobre tierras comunales y, luego, habría realizado construcciones. La Fiscalía atribuía que el derecho de posesión y la construcción habían sido subvencionados con dinero de origen ilícito.

Aunque la resolución de la Sala de Apelaciones declaró nula la resolución de primera instancia (que atendió la pretensión del Ministerio Público), los jueces superiores no negaron la posibilidad jurídica de extinguir el derecho de posesión, sino que invitaron a los operadores de primera instancia a profundizar en las circunstancias concretas de la transferencia de la posesión, criterio con el que coincidimos.

3.3 Extinción de los derechos de garantía (hipoteca)

La Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, en el expediente N.º 000035-2024-0-1601-SP-ED-01/SANTA, revocó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda en el extremo de la extinción de la hipoteca sobre tres bienes inmuebles destinados para el almacenamiento de sustancias líquidas nocivas para el medioambiente en el distrito de Nuevo Chimbote y, en consecuencia, declaró fundada la extinción de dicho derecho real de garantía.

⁸ Resolución N.º 30, de fecha 11 de julio de 2022.

⁹ Resolución N.º 11, de fecha 3 de septiembre de 2024, fundamento jurídico 8.17.

Entre sus fundamentos, la Sala sostuvo que los acreedores hipotecarios, co-múnmente entidades financieras, tienen el deber de vigilancia y control. Si bien es cierto que el Código Civil no establece obligaciones específicas en este ámbito, las entidades bancarias no solo regulan sus actividades comerciales y crediticias bajo los alcances de la norma civil, sino también en virtud de la Ley N.º 27693, Ley que Crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú, así como de acuerdo con las directivas y los reglamentos que emite la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)¹⁰.

El caso es particular y merece una profunda reflexión. En principio, y conforme a los criterios desarrollados en el presente ensayo, se trata de la extinción de un derecho distinto al de propiedad, dado que no solo se extinguió el inmueble sobre el cual recaía la hipoteca, sino la hipoteca misma. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, tenemos que disentir con el resultado y la línea argumentativa de la Sala.

Para extinguir un derecho, este debe encontrarse vinculado en origen o destinación a una actividad ilícita. Así, la pregunta que se genera es la siguiente: ¿la hipoteca tenía un origen o una destinación ilícitos? La respuesta es evidente: no se alcanza ninguno de esos supuestos. En todo caso, conforme a lo expuesto por la Sala, lo que hubiese correspondido era no reconocerle su condición de tercero de buena fe (lo cual en este caso es harto discutible).

3.4 Extinción de los derechos de crédito

La Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad, en el expediente N.º 0000184-2023-0-1601-SP-ED-01/PIURA¹¹, confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la extinción de dominio sobre derechos contenidos en depósitos judiciales emitidos en el marco de un

proceso civil (tanto los que se encontraban en custodia del órgano jurisdiccional como los que iban a llegar en el futuro, siempre que se aplicara una retención mensual en cuentas de un Gobierno local).

En la resolución se señala que el demandante del proceso civil estaba cobrando una acreencia generada por el incumplimiento de pago vinculado a una contratación pública con un Gobierno local. Sin embargo, ese vínculo contractual había sido resultado de una concertación ilícita con funcionarios de la gestión anterior (hecho que, en la vía penal, había adquirido la calidad de cosa juzgada con condena al representante de la persona jurídica que estaba cobrando la acreencia en el proceso civil).

La Sala sostuvo que, en tanto esa acreencia (derecho de cobro al Gobierno local) era resultado de una actividad delictiva, tenía origen ilícito y debía extinguirse.

En la línea de lo que venimos indicando, la Sala ratificó la extinción de derechos personales u obligaciones (derechos de crédito), lo que es una muestra más de que en el subsistema sí se vienen extinguiendo derechos distintos al de propiedad.

¹⁰ Resolución N.º 8, de fecha 4 de septiembre de 2024, fundamento jurídico 8.7.

¹¹ Resolución N.º 8, de fecha 12 de enero de 2024, fundamento jurídico 30.

Conclusiones

- El principio de dominio de los bienes contiene un mensaje de protección a una gama de derechos patrimoniales, incluyendo derechos reales distintos al de propiedad (como el usufructo y la posesión) y otros de contenido patrimonial.
- Una adquisición o destinación ilícitas de estos derechos patrimoniales habilitaría al Estado para imponer consecuencias jurídicas, entre las cuales, en virtud de su reconocimiento legal, podría figurar la extinción de dominio.
- La jurisprudencia del subsistema, si bien aún en desarrollo en este aspecto, ya evidencia casos concretos de extinción de derechos diferentes al de propiedad. Esto subraya la viabilidad y la necesidad de que los operadores de extinción adopten una visión integral de los derechos patrimoniales susceptibles de ser afectados por el proceso de extinción de dominio, especialmente en contextos de patrimonios criminales.

Referencias

- Gálvez Villegas, Tomás y Whalter Delgado Tovar. 2013.
La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano. Lima: Jurista Editores.
- García Caveró, Percy. 2023.
Los bienes susceptibles de extinción de dominio. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Mejorada Chauca, Martín. 2022.
La Constitución Política comentada. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas Vargas, Fidel. 2020.
Delitos de hurto y robo. Lima: Gaceta Jurídica.
- Torres Vásquez, Aníbal. 2019.
Introducción al derecho. Lima: Instituto Pacífico.

Jurisprudencia citada

- Corte Constitucional de Colombia.
Sentencia C-374-97, expediente N.º 374/97, 13 de agosto de 1997.
- Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad.
Resolución N.º 8, expediente N.º 000035-2024-0-1601-SP-ED-01/SANTA, 4 de septiembre de 2024.
- Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad.
Resolución N.º 11, expediente N.º 00056-2024-0-1601-SP-ED-01/LORETO, 3 de septiembre de 2024.
- Sala Especializada en Extinción de Dominio de La Libertad.
Resolución N.º 8, expediente N.º 0000184-2023-0-1601-SP-ED-01/PIURA, 12 de enero de 2024.
- Sala Especializada en Extinción de Dominio de Lima. Resolución N.º 30, expediente N.º 00098-2019-0-5401-JR-ED-01, 11 de julio de 2022.
- Tribunal Constitucional del Perú.
Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 26, 11 de noviembre de 2003.



La aplicación en el tiempo de la extinción de dominio: una cuestión de coherencia normativa

Sergio Rodríguez Salinas

Resumen

El presente artículo busca ofrecer una justificación coherente con el ordenamiento jurídico para la regulación de la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio en el tiempo. Se sostiene que esta figura, como una parcela más del ordenamiento, debe sujetarse a las mismas reglas propias del sistema jurídico peruano, entre ellas, el principio de aplicación inmediata de la ley, que excluye tanto la retroactividad como la ultraactividad. Esto implica aplicar la ley a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigor. Dado que el objeto de regulación de la extinción de dominio —en atención a su naturaleza autónoma— es una relación jurídica patrimonial ilegítima, derivada del origen o la destinación del bien, diferente a la relación regulada por el derecho penal, dicha ilegitimidad se mantendrá siempre vigente, incluso si los hechos delictivos que la originaron fueron anteriores a la entrada en vigor de la ley. No obstante, en aquellos supuestos en los que dichas consecuencias no subsistan —por ejemplo, debido a la aplicación de la cláusula de retroactividad benigna en derecho penal—, la Ley de Extinción de Dominio no será aplicable.

Sumario

Introducción

1. Aplicación de la ley en el tiempo
2. El objeto de regulación de la extinción de dominio
3. Un intruso en el sistema: la retrospectividad
4. Extinción de dominio y aplicación de la ley penal en el tiempo

Conclusiones

Referencias



Introducción

Desde hace mucho tiempo se viene aceptando que el método de aplicación formal del derecho, a través del silogismo jurídico, resulta insuficiente para responder a los problemas que enfrenta el operador jurídico (Atienza 2013, 23). Dichos problemas pueden presentarse tanto en la premisa normativa o premisa mayor, como en la premisa menor o premisa fáctica.

La determinación de la premisa normativa, es decir, de la norma jurídica aplicable al caso, requiere un trabajo argumentativo previo por parte del operador. En esta labor de concreción de la norma jurídica —que no debe identificarse con el enunciado legal—, el operador puede enfrentarse a problemas de interpretación —por ejemplo, si el presupuesto de incremento patrimonial no justificado requiere un vínculo con una actividad ilícita— o, incluso, a problemas de concreción de la norma ante la ausencia de una regulación expresa —como ocurre con el tercero ajeno al delito, cuya situación no ha sido regulada en el Decreto Legislativo 1373, por lo que sería necesario que el juez construya los requisitos bajo los cuales procedería la extinción de los bienes que le pertenecen—.

No obstante, también es posible advertir otro tipo de problemas a este nivel. Estos se relacionan con la pertinencia de la norma jurídica para el caso en concreto. Podría afirmarse que este tipo de problemas no es tan recurrente; sin embargo, ello se explica únicamente porque, en muchos casos, la elección de la norma aplicable no presenta mayor discusión. Sin embargo, es evidente que, en el razonamiento judicial, el primer paso debe ser identificar cuál es la ley que, dentro de todo el ordenamiento jurídico, debe invocarse para dar respuesta al problema. Uno de estos supuestos de pertinencia se refiere a la determinación de la norma aplicable en aquellos supuestos de sucesión de leyes en el tiempo, incluidos aquellos que son regulados por primera vez por el ordenamiento jurídico.

Las siguientes páginas tienen como objetivo abordar este problema. Principalmente, se busca responder a si el artículo 2.5. del Decreto Legislativo 1373, que prevé una regla de aplicación en el tiempo, incorpora un criterio único en nuestro ordenamiento jurídico —la llamada retrospectividad— o si, por el contrario, lo que allí se expresa no es más que una evidencia del sometimiento de la extinción de dominio, como todo el derecho, al orden constitucional. Para ello, el presente artículo se divide en cuatro secciones. En la primera, se abordan las reglas constitucionales generales sobre la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo. Luego, en la segunda sección, se identificará cuál es el supuesto de hecho u objeto de regulación de la extinción de dominio. Posteriormente, en la tercera parte, se dilucidará cuál es el alcance del citado artículo 2.5 y si es posible y pertinente referirse a esta regla como una aplicación retrospectiva de la ley, tal como lo sostiene parte de la doctrina y la jurisprudencia. Finalmente, en la cuarta sección, se analizan algunos problemas adicionales vinculados a la relación entre la extinción de dominio y la aplicación en el tiempo de la ley penal, la cual sirve de referencia para determinar la actividad ilícita que fundamenta esta herramienta de recuperación de activos.

1 Aplicación de la ley en el tiempo

El derecho, como no puede ser de otra manera, tiene como finalidad disciplinar el comportamiento de las personas en sociedad y regular la convivencia pacífica entre todos (Moreso y Vilajosana 2004, 61). Por lo tanto, las leyes se construyen sobre la base de los comportamientos humanos. Estos comportamientos pueden mantenerse en el tiempo, como sucede con una actividad empresarial o con las reglas que rigen la forma de ejercer la propiedad sobre un bien. Además, la propia pretensión de vigencia temporal de las leyes —salvo en el caso de leyes temporales o que rigen para un momento específico— permite inferir que los comportamientos o hechos que se pretenden regular estarán sometidos, muchas veces durante un largo período, a una determinada regulación.

¿Qué sucede, entonces, si dicha regulación cambia? Si una ley L1 regula los equipos mínimos de protección personal que debe portar un trabajador para realizar trabajos en altura, y luego una ley L2 introduce nuevos requerimientos o incorpora otros equipos mínimos, esta nueva ley pasaría a regular el modo en que se ejerce un derecho: tanto la libertad de contratación por parte del empleador como el derecho del trabajador a la seguridad en el trabajo. Todo ello respecto de una situación que, hasta entonces, estaba sujeta a una disciplina distinta y que tuvo su origen en un momento en el que regía la ley L1.

La propia naturaleza de los hechos objeto de regulación plantea el problema del llamado derecho intertemporal; es decir, la determinación de qué materias, ante una sucesión legislativa, serán reguladas por una u otra ley (Uhlmann 2014, 34). Esta es una labor eminentemente técnica, aunque no por ello desprovista de consideraciones de política legislativa (Uhlmann, 2014, 34). Así, en atención a determinados criterios, el legislador puede optar por una entrada en vigor

diferida de la nueva ley y, con ello, mantener la vigencia de la ley anterior. Asimismo, podría decidir mantener la vigencia de la nueva ley —y, con ello, la derogación de la ley anterior— y, al mismo tiempo, establecer qué casos se mantendrán bajo la vigencia de la ley ya derogada.

Ahora bien, esta toma de decisión por parte del legislador no está desprovista de ciertos límites. Como toda actuación del poder estatal en el Estado constitucional, rige el principio de interdicción de la arbitrariedad. Estos límites se encuentran en la propia norma que, en el modelo constitucional, rige los presupuestos de validez de todo el ordenamiento jurídico: la Constitución. El artículo 103 de la Constitución contiene una serie de normas jurídicas. En primer lugar, establece que, una vez que la ley entra en vigor, esta "se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". En consecuencia, se prohíben los efectos retroactivos de la ley, salvo en el caso de leyes penales, y siempre que resulten más favorable para la persona investigada, procesada o condenada. Finalmente, se precisa que la vía de derogación de una ley debe hacerse mediante otra de la misma naturaleza.

Respecto a esta última, se trata de una derivación del principio de jerarquía normativa. Una ley solo podría ser derogada por un instrumento legal que tenga la misma fuerza normativa. Por ende, ante dos normas de igual rango que regulan el mismo supuesto de hecho, se generaría una antinomia que debe resolverse mediante el principio de temporalidad. No obstante, dicha solución no resuelve el problema relativo a la ley aplicable en aquellos casos en los que los efectos de los actos regulados por la primera ley perduran en el tiempo.

La segunda norma que emana del artículo 103 es, en realidad, una consecuencia de la primera. Así, a

través de esta se acoge la regla de la aplicación inmediata de la ley. Dicha regla no se agota en la ley, sino que se extiende a toda norma con carácter general. Esto significa que la ley regirá desde su entrada en vigor —que, por regla general, se produce al día siguiente de su publicación— y se mantendrá vigente hasta su derogación por otra ley o por una sentencia que declare su inconstitucionalidad. En consecuencia, la ley no podrá aplicarse a supuestos de hecho previos a su entrada en vigor —retroactividad— ni a supuestos de hecho posteriores a su derogación —ultraactividad—. La segunda norma, por lo tanto, se encarga de precisar que, entre ambas posibilidades, solamente queda vetada la primera —la retroactividad, salvo en el caso de la llamada retroactividad penal benigna—, por lo que la segunda podría ser adoptada por el legislador. Sin embargo, algunos autores sostienen que esta posibilidad también está prohibida, al considerarla un supuesto igualmente excepcional que la retroactividad (Rubio 2013, 29).

La aplicación inmediata de la ley debe interpretarse de manera conjunta con la teoría de los hechos cumplidos, la cual rige nuestro sistema conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹². Según esta, a la aplicación inmediata de la ley le sigue que todo supuesto de hecho que sea subsumible en ella será regulado por la nueva ley, con independencia del momento de su nacimiento. Por ende, "no hay razón alguna por la que deba aplicarse la antigua ley a las situaciones, aún no extinguidas, nacidas con anterioridad" (Díez Picazo 1990, 206). Es decir, mientras el supuesto fáctico pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la nueva ley, esta será aplicable, siendo lo relevante que sus efectos se produzcan *ex nunc*, es decir, desde ahora y hacia adelante. Lo que queda vetado es que dicha ley califique el supuesto de hecho desde su nacimiento u origen.

En ese sentido, para retomar uno de los ejemplos propuestos, la contratación de un trabajador en un

momento X se regirá por la ley vigente en ese momento, L1. No obstante, si con posterioridad una ley L2 modifica, por ejemplo, los requisitos en materia de seguridad en el trabajo establecidos por L1, será esta nueva ley la que gobierne dicho supuesto. Lo mismo pasará con los beneficios sociales o con el sueldo mínimo vital. Lo que no podría alterar L2 son, por ejemplo, las condiciones o requisitos de validez del contrato, pese a que se argumente que este sigue vigente. Y ello es así porque el supuesto de hecho —que podríamos denominar "contratación de personal"— ya se encuentra agotado; no se encuentra vigente. Si, conforme a L2, el contrato celebrado resulta nulo, ello no pasa de ser un dato anecdótico, ya que dicho contrato se agotó con el acto jurídico celebrado al amparo de L1. Si luego el empleador desea renovar el contrato, en ese nuevo acto deberá regirse por L2.

En suma, a partir de la norma jurídica que se viene analizando, derivada del artículo 103 de la Constitución, pueden extraerse dos supuestos de hecho. Por un lado, la ley L2 se aplicará a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sucedan a partir de su entrada en vigor y hacia adelante; por otro lado, la ley L2 se aplicará a las consecuencias de los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean preexistentes a su entrada en vigor (Arce 2023, 266). Se entiende por *situaciones jurídicas* aquellas que se derivan de un determinado estatus, por ejemplo, las obligaciones de un padre de familia; mientras que *relaciones jurídicas* serán las vinculaciones entre dos o más situaciones, como ocurre en la relación entre un acreedor y un deudor (Rubio 2013, 23).

Esta lectura del artículo 103 es coherente con la regla de intertemporalidad que rige tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Según esta, el nacimiento de las situaciones jurídicas se evalúa conforme a las reglas vigentes en un momento determinado, pero su existencia en el tiempo dependerá de las reglas que entren en vigor con posterioridad (Bjorge 2017, 122). De

¹² Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el expediente N.º 00316-2011-PA/TC.

manera análoga, en el derecho internacional, en el caso de la Isla de Palmas, la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya señaló que debía distinguirse entre la creación y la existencia de derechos. Así, a partir del principio según el cual el acto de creación de un derecho se sujeta a la ley vigente en ese momento, se desprende que la existencia o la manifestación permanente de ese derecho queda sometida a las condiciones derivadas de la evolución del derecho¹³.

En consecuencia, para dar solución a los problemas que plantea la aplicación en el tiempo de la ley, es necesario establecer cuál es el supuesto de hecho de la ley y cuál es el suceso fáctico que resulta relevante para ella. Proceder de esta manera no solo permitirá operativizar la ley, sino que, además, evitará discusiones ajenas o irrelevantes para la solución del problema, como se abordará más adelante.

2 El objeto de regulación de la extinción de dominio

La extinción de dominio es un mecanismo de recuperación de activos que permite al Estado, a través de una sentencia emitida dentro de un proceso con las debidas garantías, trasladar a su esfera jurídica determinados bienes. Se trata, además, de un mecanismo de decomiso sin condena penal previa, ya que se prescinde de la declaración de culpabilidad o, en todo caso, del pronunciamiento que pudiera emanar como resultado de un proceso penal.

El artículo 3.10 del Decreto Legislativo 1373 adopta esta definición. No obstante, añade que se trata de una consecuencia jurídico-patrimonial. Que sea patrimonial se deriva del hecho de que la consecuencia recae sobre el patrimonio de una persona, y que esta solo se encuentra habilitada cuando los bienes resulten de interés para el Estado (Rosas Castañeda 2021, 252).

Pero, si se trata de una consecuencia, ¿cuál es el supuesto de hecho? Dicho en otras palabras: que se trate de una consecuencia no significa otra cosa que la extinción de dominio es el corolario o resultado de algo previo. La definición que ofrece el citado artículo no resuelve esta interrogante.

La respuesta, empero, puede encontrarse acudiendo, nuevamente, a la Constitución. Y es que, en un Estado Constitucional, todo el derecho está constitucionalizado: toda actuación del Estado debe derivar de los principios y límites que establece la Constitución, entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales allí reconocidos.

El artículo 70 de la Constitución pro-clama una de las mayores conquistas del Estado liberal: la inviolabilidad del derecho de propiedad. No obstante, incluso los derechos más clásicos no son ilimitados. Así, el Estado garantiza y protege el derecho de propiedad, pero solo en la medida en que este se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley.

A partir de esta primera aproximación puede desprenderse una respuesta parcial a la pregunta planteada. Si el derecho de propiedad no se armoniza con el bien común o se ejerce fuera de los límites establecidos por la ley, la consecuencia lógica será que el Estado no proteja o tutele el derecho de propiedad que recae sobre el bien. Por lo tanto, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en tanto forma de

¹³ Island of Palmas Case, Reports of International Arbitral Awards, 4 de abril de 1928, pág. 845.

decomiso, estamos frente a un mecanismo de control del derecho de propiedad (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2022, 103).

La respuesta es parcial porque todavía no hemos ubicado en qué consiste ese bien común o cuál es el límite legal para la extinción de dominio. La prescripción adquisitiva de dominio, por ejemplo, también sería una consecuencia jurídico-patrimonial derivada del artículo 70 de la Constitución, que se activa en detrimento del propietario que no ejerce la posesión del bien, afectando las consideraciones inherentes al tráfico jurídico que están detrás de la protección de la propiedad.

La forma cómo está construida la extinción de dominio en el Decreto Legislativo 1373 permite afirmar que el límite que pretende resguardar la extinción de dominio es el de la participación o vinculación de una persona en actividades criminales. Se trata, en suma, de un instrumento de política criminal, diseñado para hacer frente a la criminalidad de beneficios, aquella que está motivada o influenciada por la obtención de réditos económicos. El delincuente se involucra en una actividad delictiva motivado por el rendimiento económico de esta y, al mismo tiempo, puede hacer uso de sus bienes, poniéndolos al servicio ya no del bien común sino de un interés particular. En palabras de Beccaria, el delincuente no solo reclama para sí su parcela de libertad, sino también usurpa la libertad de terceros (Beccaria 2014, 42), lo cual a todas luces es contrario al bien común y al ordenamiento jurídico.

El Decreto Legislativo 1373 también señala que la extinción de dominio es una acción de naturaleza real. Lo real, en este contexto, no puede vincularse al hecho de que la acción se dirija contra un bien, ya que, en nuestro sistema jurídico, los bienes son objetos y no sujetos de derechos. Lo real de la acción de extinción de dominio se desprende de la relación jurídica real. En esta, una persona se vincula con todas las demás a través del derecho que ejerce sobre un bien, de modo tal que, por

ejemplo, el derecho de propiedad le permite, entre otras cosas, excluir a todas las demás personas (Avendaño y Avendaño 2017, 17).

Además, en contraposición a la relación jurídica personal u obligacional, en la relación jurídica real el titular del derecho puede hacerlo efectivo sin necesidad de la voluntad del tercero, como sucede en la acción reivindicatoria. En el derecho de las obligaciones, por ejemplo, el acreedor no puede hacer efectivo su derecho sin la intervención del deudor.

Planteado de esta manera, puede afirmarse que la extinción de dominio es una consecuencia jurídica derivada del incumplimiento o vulneración de la cláusula social del derecho de propiedad. Esta vulneración se configura en una actividad delictiva previa, de la cual surgió el bien y el derecho que sobre este se ejerce? o para la cual dicho bien fue instrumentalizado. Así, la vinculación con un delito constituye un elemento insoslayable para la extinción de dominio.

A esta conclusión debe añadirse la naturaleza real de la extinción de dominio, porque, de lo contrario, no existiría una diferencia sustancial con la pena: una multa también constituye una consecuencia jurídica de contenido patrimonial igualmente vinculada a una actividad delictiva. Lo que ataca la extinción de dominio es la relación patrimonial real del titular del bien, la cual pierde su protección al estar vinculada con la comisión de un delito. La relación jurídico-real es, a su vez, una consecuencia del acto ilícito, y se trata de una consecuencia que se mantiene en el tiempo. El delito da lugar a una situación patrimonial ilícita conformada por dicha relación real, que perdura mientras subsista la titularidad de un derecho real. Por lo tanto, la extinción de dominio afecta la relación real —aquella que vincula a una persona con terceros a través de un bien— en virtud de la comisión del delito. Así concebida, la extinción de dominio es una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito; es decir, toma en cuenta la

actividad delictiva que "ensució" el bien, aunque esta quede fuera de su ámbito de regulación.

Esta conclusión se ve respaldada por el artículo 67 del Reglamento del Decreto Legislativo 1373. Según este, la sentencia de extinción de dominio solo declara la ilicitud, pero sí constituye derechos reales en favor del Estado. Es decir, los efectos de la sentencia son *ex nunc*: rigen desde el momento de la sentencia y hacia adelante, sin pronunciarse sobre el momento en que se produjo la ilicitud, lo cual corresponde exclusivamente al derecho penal.

Entonces, si el delito se cometió en el año 1, el bien se adquirió en el año 2 y la entrada en vigor de la Ley de Extinción se dio en el año 3, esta ley se aplicará a las consecuencias de lo ocurrido en el año 1, que tornan ilícita la constitución de la relación real en el año 2. Y como el ejercicio y la protección de los derechos reales se proyectan de manera permanente en el tiempo, no hay impedimento para afirmar que la Ley de Extinción de Dominio puede aplicarse, aun cuando el delito se haya cometido dos años antes.

Lo expuesto es independiente del hecho de que, como se sabe, en el proceso de extinción de dominio no se requiere una sentencia condenatoria previa. El pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad penal de una persona sirve únicamente para fijar una verdad procesal respecto de la naturaleza delictiva de los actos, a efectos de determinadas consecuencias jurídicas, pero no desvirtúa su materialidad; en este caso, la existencia de un injusto penal. Por lo tanto, si se parte de la premisa de que la diferencia entre el decomiso penal y el decomiso civil o sin condena es mera-mente procedimental y no material, entonces puede afirmarse que la existencia o no de una sentencia —o de un pronunciamiento en el marco del proceso penal— es irrelevante para determinar el objeto de regulación. Allí donde el mecanismo de decomiso sin condena incorpora referencias a las vicisitudes del proceso penal, estas tendrán únicamente naturaleza procesal, como presupuestos para establecer una relación procesal válida en función de un juicio de necesidad; esto es, se trataría de determinar el interés para obrar del sujeto activo: el Ministerio Público.

3 Un intruso en el sistema: la retrospectividad

Vistas así las cosas, la conclusión cae por su propio peso: La Ley de Extinción de Dominio, sobre la base del artículo 103 de la Constitución, puede aplicarse incluso cuando los bienes hayan sido adquiridos o utilizados ilícitamente con anterioridad a su entrada en vigor. Se trata de circunstancias preexistentes, pero lo que el Estado busca es atacar la ganancia criminal aquí y ahora, por lo que la situación patrimonial ilícita que no ha desaparecido continúa vigente, siendo ahora regulada por la Ley de Extinción. Por lo tanto, nos encontramos frente a un claro supuesto de aplicación inmediata de la ley.

Sin perjuicio de ello, el legislador ha considerado conveniente positivizar esta conclusión en el artículo 2.4. del Decreto Legislativo 1373. En él se señala expresamente 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".

A pesar de esta conclusión, la doctrina y la jurisprudencia suele referirse al principio de retrospectividad como aquel que rige la aplicación en el tiempo de la Ley de Extinción de Dominio.

Así, Rosas Castañeda señala que este principio "hace referencia a que la ley se aplica sobre situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la expedición de la ley que regula su procedimiento, en las que no se haya consolidado derecho alguno" (Rosas Castañeda 2021, 280). Este principio fue también consagrado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-374. Un razonamiento similar puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia de vista 4-2020 emitida por la Sala Especializada en Extinción de Dominio de Arequipa, en la que se señala que dicho principio busca "regular y develar derechos que no nacieron a la vida jurídica".

La pregunta que aflora aquí es la siguiente: ¿es necesario acudir al llamado principio de retrospectividad? ¿Cuál es su verdadero contenido? De acuerdo el Diccionario panhispánico del español jurídico, se entiende por retrospectión a la "aplicación de las normas a situaciones generadas en el pasado, pero que continúan después de la entrada en vigor de dicha norma porque las situaciones referidas no han agotado sus efectos".

A nivel de derecho comparado, el término retrospectividad tiene una amplia aplicación, aunque su definición resulta ambigua. Este concepto —o el de legislación retrospectiva— ha sido empleado principalmente en los países del *common law*. Así, por ejemplo, una nota del Parlamento británico define las leyes retrospectivas como aquellas que afectan derechos nacidos en virtud de leyes previas, o que crean nuevas obligaciones o cargas respecto de situaciones pasadas (Gay 2013, 2). Por su parte, la Comisión Australiana de Reforma de la Ley ha puesto de manifiesto que el término retrospectividad ofrece una amplia gama de definiciones, que no siempre se emplean de forma consistente (Australian Law Reform Commission 2015, 364). Entre todas estas acepciones, la Comisión define una ley retrospectiva como aquella que opera prospectivamente —hacia el futuro— pero que atribuye nuevas consecuencias a eventos pasados.

Esta sería la diferencia crucial con una ley retroactiva, que opera desde un momento anterior a su promulgación (2015, 364).

A nivel doctrinario, también pueden encontrarse otras posturas sobre la retrospectividad. Por un lado, se señala que la retrospectividad es un término genérico que abarca todas aquellas situaciones en las que una ley se relaciona con eventos pasados o los afecta. Desde esta perspectiva, existirían grados de retrospectividad, siendo el más extremo la retroactividad, y el menos extremo aquel que afecta derechos adquiridos (Juratowich 2008). Frente a esta postura, se ha replicado que las mismas objeciones podrían alcanzar a ambos términos, por lo que, conforme con los usos normales, deberían considerarse intercambiables (Burrows 2013).

En el derecho consuetudinario norte-americano, se ha señalado que, en un primer momento, el principio según el cual las leyes solo podían regir hacia el futuro no incluía aquellas que, al entrar en vigor, despojaban de derechos adquiridos con anterioridad, pero que se aplicaban prospectivamente (Smead 1936, 782). No obstante, en 1814, la jurisprudencia de los Estados Unidos amplió este principio al establecer que, como regla general, las leyes debían interpretarse prospectivamente y no retrospectivamente, lo cual implicaba afectar los derechos adquiridos¹⁴. Aquí, la retrospectividad se entendió como afectación de derechos adquiridos bajo leyes anteriores o la creación de nuevas obligaciones respecto de consideraciones o transacciones pasadas. Esta postura, además, era coherente con la Constitución del Estado de New Hampshire, que prohibía expresamente las leyes retrospectivas por considerarlas injustas y opresivas.

Volviendo al sistema de derecho continental o *civil law*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las leyes retrospectivas son aquellas que regulan derechos emanados de leyes previas, lo cual no estaría vetado a la luz del derecho al

¹⁴ Corte de Circuito, Distrito de New Hampshire, *Society for the Propagation of the Gospel v. Wheeler et al.*, 2 Gall. 105 (1814).

debido proceso aplicado a los procesos no penales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013, 37).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha establecido, en una amplia y consolidada jurisprudencia, que los casos en los que una ley que rige hacia el futuro afecta situaciones jurídicas creadas con anterioridad, cuyos efectos aún no se han consumado, no se encuentran dentro de los alcances de la prohibición de retroactividad. Ello, porque implicaría aceptar situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico. A estos supuestos, el Tribunal Constitucional les denomina retroactividad impropia (Tribunal Constitucional 2016).

Finalmente, cabe hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Este alto tribunal ha señalado que, por regla general, las normas jurídicas rigen de manera inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; es decir, con la posibilidad de afectar situaciones jurídicas originadas en el pasado pero que se encuentran vigentes al momento de la entrada en vigor de la norma (Corte Constitucional 2009). Por ende, la retrospectividad no sería otra cosa que una "consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley" (Corte Constitucional 2019), a la cual se reconocen efectos *ex nunc*.

De este análisis pueden extraerse las siguientes conclusiones. En primer lugar, la retrospectividad es un concepto cuyos orígenes históricos se encuentran en el derecho anglosajón —nótese que la Constitución de New Hampshire data de 1794—. En segundo lugar, a través de este concepto se busca hacer frente al efecto de la intertemporalidad de las leyes cuando estas afectan derechos adquiridos previamente en virtud de otras leyes. Y, en tercer lugar, dado que com-parte puntos secantes con la aplicación retroactiva de las leyes, por su referencia a hechos

anteriores, su validez ha sido controvertida en algunos casos.

Estas tres conclusiones permiten afirmar que no solo es desaconsejable, sino incluso incorrecto, afirmar que la acción de extinción de dominio es retrospectiva. En primer lugar, porque su definición coincide plenamente con la aplicación inmediata de la ley, tal como se ha explicado previamente. Incluso la propia Corte Constitucional colombiana —cuyos pronunciamientos sirven de referencia a la doctrina y jurisprudencia para afirmar el efecto retrospectivo de la extinción de dominio— ha dejado claro que se trata de una consecuencia natural del principio de aplicación in-mediata de la ley. Por ende, no resulta necesario ni pertinente trasladar principios del derecho anglosajón a un sistema como el nuestro, que ya brinda una respuesta a este problema desde la propia Constitución.

En segundo lugar, y como corolario de lo anterior, la teoría de la retrospectividad pretende enfrentar un problema que no tiene cabida en nuestro sistema: el de los derechos adquiridos. La teoría aplicable en nuestro sistema es la de los hechos cumplidos, salvo excepciones expresamente habilitadas por la Constitución. Por ello, su aplicación resulta jurídicamente inviable en nuestro sistema.

Y, en tercer lugar, sostener que una ley tiene carácter retrospectividad conlleva, precisamente, que se discuta si esta no está vetada por la prohibición de retroactividad, aplicable a todo el ordenamiento jurídico. Nótese que, en la jurisprudencia constitucional española —que denomina a este fenómeno *retroactividad impropia*—, uno de los fundamentos para sostener su legitimidad es que su "resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica". Empero, sobre la base del artículo 103 de la Constitución peruana, ni siquiera es necesario denominarla

retroactividad impropia, por lo que plantear un posible conflicto con la prohibición de retroactividad carecería de sentido.

En consecuencia, el Decreto Legislativo 1373 es de aplicación inmediata, no retrospectiva, y mucho menos retroactiva. Se aplica a las consecuencias jurídico-patrimoniales derivadas del hecho delictivo, aun cuando este haya ocurrido con anterioridad a su entrada en vigor, en tanto dichas consecuencias se mantengan en el tiempo. Afirmar la constitucionalidad de la extinción de dominio implica, asimismo, construir esta herramienta desde la propia Constitución, y no de espaldas a los principios que ella consagra, aunque razones prácticas puedan sugerir lo contrario —como la necesidad de mostrar que se trata de una institución autónoma—. La autonomía, en un Estado constitucional, implica también someterse al propio texto constitucional.

Por lo tanto, y como corolario de lo expuesto hasta aquí, la ley aplicable será aquella que se encuentre vigente durante la situación patrimonial ilícita. Es decir, una ley L2 que regule la extinción de dominio será aplicable con independencia de que el acto ilícito se haya cometido durante la vigencia de una anterior de extinción de dominio (L1), o incluso cuando no existiera norma alguna que la regule.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando los cambios legislativos suceden durante la tramitación del proceso de extinción de dominio? Aquí debe tenerse en cuenta lo señalado por el TEDH respecto del derecho al debido proceso o proceso justo: si bien las nuevas leyes pueden regular derechos nacidos bajo una ley anterior, se encuentra vetada toda interferencia del poder legislativo en la administración de justicia que busque influir en la determinación judicial de una disputa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2013, 37). Es decir, las partes participan en un proceso sobre la base de una garantía de previsibilidad, en función de la cual pueden esperar que la controversia se resuelva considerando

los fundamentos que sirvieron para sustentar sus pretensiones. Por ende, la nueva ley L2 no sería aplicable respecto de los presupuestos materiales que justifican la pretensión —esto es, respecto a la situación de ilicitud patrimonial—, bajo el riesgo de incurrir en un supuesto de retroactividad vetada por la Constitución.

Empero, sí sería posible aplicar de manera inmediata la regulación estrictamente procesal de la extinción de dominio, siempre que ello no implique revivir actos procesales ya precluidos. En este punto, debe considerarse que "si la norma procesal solo modifica situaciones muy concretas del *iter* procesal y puede perfectamente ser incorporada al proceso en trámite a fin de proveer a este de sus bondades, debe ser aplicada" (Monroy 2021, 313).

Por lo tanto, una ley L2 que modificara, por ejemplo, el literal a del numeral 1 del artículo 7 del Decreto Legislativo 1373, y en virtud de la cual ya no fuera posible declarar la extinción de dominio de los bienes instrumentalizados, regiría desde el día siguiente a su publicación, eliminando la situación patrimonial ilícita existente hasta ese momento respecto de dichos bienes. No obstante, por tratarse de una modificación material, su aplicación no debería extenderse a los procesos en curso, bajo riesgo de vulnerar la garantía de seguridad jurídica y, en consecuencia, el derecho al debido proceso.

Si, por ejemplo, L2 modificara la forma en que se concibe el proceso de extinción de dominio y, en virtud de dicha modificación, se requiriera una sentencia condenatoria, esta entraría en vigor —también en virtud del principio de vigencia inmediata— incluso para los procesos en trámite. No obstante, al tratarse, como se ha señalado, de un presupuesto para la relación procesal, aquellos procesos en los que dicha relación ya se ha establecido no deberían verse afectados, bajo riesgo de vulnerar la prohibición constitucional de retroactividad de la ley.

4 Extinción de dominio y aplicación de la ley penal en el tiempo

Resuelto el problema principal respecto de la aplicación del Decreto Legislativo 1373, corresponde ahora afrontar algunos problemas secundarios, derivados principalmente de la vinculación entre la extinción de dominio y el delito previo. Así, si bien se ha señalado que, en virtud del artículo 103 de la Constitución, la extinción de dominio puede aplicarse con independencia del momento en que se cometió el hecho que dio origen al bien ilícito o permitió su instrumentalización, cabe preguntarse: ¿qué sucede con los cambios legislativos en el tiempo que podrían afectar dicho hecho?

El fenómeno de la intertemporalidad también afecta a los delitos, para lo cual el Código Penal contiene reglas específicas derivadas del mismo artículo 103 de la Constitución. Los artículos 6 y 8 señalan —como no podría ser de otro modo— que la ley penal aplicable es aquella vigente al momento de la comisión de los hechos, incluso cuando se trata de una ley temporal. Asimismo, el artículo 9 aclara qué debe entenderse por momento de comisión: aquel en el cual la persona actúa u omite su obligación de actuar, con independencia del resultado.

Ahora bien, puede suceder que, por acción del legislador, la tipificación de una conducta se modifique, con el resultado de que una conducta que, bajo la ley L1, era punible, ya no lo sea bajo la ley L2. Si se considera que la sanción penal es una consecuencia jurídica del hecho cometido, y que dicha consecuencia puede proyectarse en el tiempo, entonces la entrada en vigor de una ley L2 con efectos *ex nunc* debería afectar esa consecuencia, haciendo cesar sus efectos. Este es el sentido del artículo 7 del Código Penal. Lo mismo pasaría en el supuesto previsto en el artículo 6: dictada una ley L2 con una pena más favorable que

la establecida en L1, sus efectos hacia el futuro alcanzan a la propia ejecución de la pena —o su eventual ejecución—. Por lo tanto, no se trata de favorecer ni de mostrar mayor benignidad hacia el responsable del delito, sino simplemente de aplicar el artículo 103 de la Constitución.

Este argumento se complementa con el siguiente: la punibilidad de una conducta responde a un criterio social de necesidad. Es la sociedad la que determina en qué casos una conducta debe ser sancionada y en qué casos no, incluso si el delito se ha cometido. En consecuencia, carecería de sentido aplicar una sanción cuando la valoración social actual de la conducta indica lo contrario.

Ahora bien, estas mismas conclusiones no serían aplicables a los casos en los que las modificaciones agravan la pena, o incluso convierten conductas atípicas en típicas. En estos supuestos podría afirmarse que la pena debería ser modificada, aunque el hecho sea anterior a L2. No obstante, aquí debe considerarse otro argumento: hacerlo afectaría la garantía de previsibilidad del ciudadano. Lo que el ordenamiento jurídico busca es la protección de la posición jurídica de las personas frente a actuaciones que no sean razonablemente previsibles, que resulten discrecionales o injustificadamente contradictorias. Aunque pueda discutirse la tesis sobre la motivación del sujeto por la ley penal, lo cierto es que las consecuencias jurídicas de sus actos deben ser razonablemente previsibles. Por ende, una ley que agrava dichas consecuencias queda vetada precisamente porque afecta dicha previsibilidad de la conducta.

Dicho ello, cabe responder a la siguiente pregunta: ¿puede aplicarse la Ley de Extinción de Dominio aunque la conducta haya sido despenalizada? La respuesta debe ser positiva por tres razones. En

primer lugar, porque dicha atipicidad solo tiene como efecto anular una de las consecuencias jurídicas: la sanción penal. Esto no incide sobre otras consecuencias, como la reparación civil del daño. En segundo lugar, porque la situación patrimonial ilícita subsiste: los bienes producto de una actividad ilícita no han desaparecido. Y, en tercer lugar, y como corolario de lo anterior, porque el titular o interesado en el bien no puede oponer una confianza legítima de que su patrimonio se consolide o legitime por cuestiones ajenas a este, como ha señalado el Tribunal Constitucional alemán. Afirmar lo contrario implicaría equiparar la despenalización a una especie de prescripción, según la cual, una vez que el delito es despenalizado, cesaría la posibilidad del Estado de perseguir el bien.

Ahora bien, esta conclusión debe ser matizada en el caso de los bienes instrumentalizados. En este supuesto, si se acepta una postura de instrumentalización normativa, según la cual solo puede afirmarse que un bien ha sido instrumentalizado cuando resulta funcional a la actividad delictiva —esto es, cuando sirve al delito en las circunstancias y condiciones previstas, bajo el criterio de peligrosidad objetiva del bien—, entonces, si el delito ya no existe, dicho bien pierde toda posibilidad de ser considerado como instrumentalizado. En consecuencia, en estos casos cabría denegar la pretensión extintiva. Al no existir un marco normativo de referencia para dicha peligro-

sidad, desaparece toda finalidad político-criminal y, con ello, la situación patrimonial ilícita que se pretendería regular.

Lo mismo sucedería en aquellos casos en los que la funcionalidad delictiva del bien ha sido modificada por su titular hasta hacerla desaparecer —por ejemplo, un vehículo que contaba con compartimientos especiales para el tráfico de droga y que luego ha sido nuevamente modificado para cumplir una finalidad lícita—. En este supuesto, también habría desaparecido la situación patrimonial que la ley pretendería regular. Por ende, en ambos casos, la aplicación de la extinción de dominio sería retroactiva y, por ende, inconstitucional, ya que se pretendería aplicar no a las consecuencias jurídicas de un hecho, sino como una sanción del hecho mismo: la instrumentalización en un delito.

Por otro lado, cabe preguntarse si la Ley de Extinción de Dominio puede aplicarse cuando la conducta previa no estaba tipificada como delito, pero sí lo está con posterioridad. Aquí, la respuesta debe ser negativa, en virtud de la garantía de previsibilidad razonable: el titular del bien, en ningún momento, pudo prever o valorar una consecuencia negativa derivada de su comportamiento, por lo que el Estado no puede crearla *ex post* para afectar un derecho fundamental como el derecho de propiedad.

Conclusiones

A la pregunta planteada en la introducción del presente trabajo cabe responder de la siguiente manera: el Decreto Legislativo 1373 contiene una cláusula que constituye expresión del artículo 103 de la Constitución. La acción de extinción de dominio procede respecto de toda situación patrimonial ilícita que pueda verificarse al momento de la entrada en vigor de la ley. Por tanto, se rige, como todas las leyes, por el principio de aplicación inmediata de las normas. Ello no hace sino reforzar la constitucionalidad de esta herramienta, derivada de la cláusula social recogida en el artículo 70 de la Constitución, la cual se quiebra cuando la situación patrimonial de una persona —la relación jurídico real— puede reconducirse a un delito. Como concreción de un mandato constitucional, esta herramienta debe, y de hecho se somete, a la propia Constitución, por lo que no cabe discusión alguna sobre su posible aplicación retroactiva o retrospectiva. A esta conclusión principal le sigue que, cuando operen sucesivas modificaciones a la ley, estas también serán de aplicación inmediata. No obstante, deberá invocarse, por un lado, la garantía de previsibilidad razonable, a efectos de no afectar procesos ya en curso cuando dichas modificaciones alteren el aspecto sustantivo de la extinción de dominio; y, por otro lado, la prohibición de retroactividad, a fin de no revivir actos procesales ya precluidos cuando se trate de modificaciones que incidan sobre el aspecto procesal de esta herramienta.

Referencias

- Arce, Elmer. 2023. *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Australian Law Reform Commission. 2015. *Traditional Rights and Freedoms: Encroachments by Commonwealth Laws. Final Report*. ALRC Report 129. Sydney: Australian Government Publishing Service.
- Avendaño, Jorge y Francisco Avendaño. 2017. *Derechos reales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Beccaria, Cesare. 2014. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bjorge, Eirik. 2017. "Island of Palmas (Netherlands v. United States of America) (1928)". En *Landmark Cases in Public International Law*, editado por Eirik Bjorge y Cameron Miles. Londres: Bloomsbury.
- Burrows, Andrew. 2013. "Common Law Retrospectivity". En *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, editado por Andrew Burrows, David Johnston QC y Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press.
- Díez-Picazo, Luis María. 1990. *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Gay, Oonagh. 2013. *Retrospective Legislation. Standard Note SN/PC/06475*. London: House of Commons Library.
- Juratowich, Ben. 2008. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Monroy Gálvez, Juan. 2021. *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.
- Moreso, Juan J. y Josep M. Vilajosana. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosas Castañeda, Juan Antonio. 2021. *Decomiso y extinción de dominio: La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio Correa, Marcial. 2013. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Smead, Elmer M. 1936. "The Rule against Retroactive Legislation: A Basic Principle of Jurisprudence". *Minnesota Law Review* 20 (8): 775-793.
- Uhlmann, Felix. 2014. "Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre". En *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts*. Zürich: Dike.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional (Colombia). 2009. Sentencia T-389/09, de 8 de junio de 2009.
Bogotá: Corte Constitucional.

Corte Constitucional (Colombia). 2019. Sentencia SU-309/19, de 17 de julio de 2019.
Bogotá: Corte Constitucional.

Tribunal Constitucional (España). 2016. Sentencia 29/2016, de 18 de febrero de 2016.
Boletín Oficial del Estado, núm. 67, 18 de marzo de 2016.

2013. *Caso Maurice c. Francia*, Demanda N.º 11810/03, Sentencia de 6 de octubre de 2005. Informe Anual 2013. Estrasburgo: Consejo de Europa.



La nulidad y la protección del tercero en la extinción de dominio

Sergio Jiménez Niño

Resumen

El autor analiza el principio de nulidad en la Ley de Extinción de Dominio, recorriendo las categorías jurídicas que le dan contenido. Posteriormente, propone una interpretación que armonice dicha nulidad del proceso de extinción de dominio con las reglas del Código Civil, del cual considera que esta deriva. Además, examina las implicancias de este principio en relación con los terceros, quienes deben ser identificados adecuadamente para luego analizar las posibilidades de su protección frente a la nulidad.

Introducción

1. Principio de nulidad en la ley
2. Contenido, alcances y límites del principio de nulidad
 - 2.1. Los actos que recaigan [sobre bienes]
 - 2.2. Bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico
 - 2.3. Nulo de pleno de derecho
 - 2.4. Sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe

Conclusiones

Referencias

Introducción

El Decreto Legislativo 1373 —Decreto Legislativo sobre extinción de dominio (en adelante, la ley)— y su reglamento, el Decreto Supremo 007-2019-JUS (en adelante, el reglamento), recogen en sus respectivos títulos preliminares una serie de principios que, de acuerdo con su naturaleza, deben orientar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

El primer principio recogido en la ley es el de nulidad. Así, si uno de los efectos de la extinción de dominio incide en la relación existente entre una persona y un objeto, esa intervención debe sustentarse en una razón jurídica de base que justifique el desconocimiento del derecho vinculado. La extinción de dominio ha identificado esa razón elemental en la nulidad del acto jurídico. En ese sentido, si el acto jurídico no genera efectos, entonces el tenedor del objeto no posee ningún derecho sobre el mismo.

La lógica antes descrita evidencia una íntima relación entre los principios y reglas de la ley con instituciones jurídicas de otras ramas del derecho, lo cual responde a la unidad del ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo abordaremos el contenido integral del principio, desagregándolo y comentando cada una de sus partes. Este método, esperamos, facilite al lector tanto su lectura como su entendimiento.

Finalmente, debo mencionar que, en este ensayo, nos aventuramos a transitar por caminos que nos llevan fuera de nuestra especialidad, iniciando una caminata —atrevida— por áreas del derecho civil. En ese sentido, aun cuando hemos realizado nuestro mejor esfuerzo, es posible que se generen "lesiones" culposas por emprendimiento (García 2011, 18), de las cuales nos hacemos responsables, en aras de contribuir al estudio de las instituciones propias de la extinción de dominio.

1 Principio de nulidad en la ley

El numeral 2.1 del artículo II del título preliminar de la ley reconoce el principio de nulidad en los siguientes términos:

- 2.1 Nulidad: todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

No parece casual que este principio ocupe el primer lugar de la lista, dado que, a decir de algunos autores, constituye la base y justificación de la institución de la extinción de dominio (Santander 2019, 158).

La referencia a la nulidad también se encuentra en el artículo 32 de la ley:

Artículo 32. Alcances de la sentencia
La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al pro-ceso. Debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado. [...]

En esta segunda referencia, se recoge un mandato dirigido al juez, a quien se le encarga declarar la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso. La jurisprudencia revisada¹⁵, sin

embargo, evidencia la escasa aplicación de esta directriz.

En el plano internacional, la Ley Modelo de Extinción de Dominio¹⁶ no recoge expresamente la nulidad como consecuencia de los actos jurídicos realizados sobre el objeto del proceso, sino que, de manera más prudente, señala que dichos actos no los legitiman.

Artículo 8. Actos jurídicos. Ningún acto jurídico realizado sobre los bienes previstos en el artículo 6 [las causales de extinción] los legitima, salvo los derechos de terceros de buena fe.

Finalmente, la norma colombiana —referenciada por ser pionera en el tema— establece:

ARTÍCULO 22. Nulidad *ab initio*. Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.

Como se puede percibir, la norma colombiana del año 2014 reconoce expresamente la nulidad *ab initio*, lo que marca un hito diferenciador importante en relación con sus antecesoras (Ley 333 de 1996 y la Ley 793 de 2002).

¹⁵ Cfr. Jurisprudencia de extinción de dominio de los años 2019 a 2020, <https://www.gob.pe/institucion/procuraduria/informes-publicaciones/1976509-compendio-de-jurisprudencia-de-extincion-de-dominio>; y jurisprudencia de los años 2021-2022, https://www.mpfn.gob.pe/escuela/sec_publicaciones.php?comando=opWk&anio=%&listcont=

¹⁶ Iniciativa del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, accesible en https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

2 Contenido, alcances y límites del principio de nulidad

Para el análisis del principio, abordaremos su contenido a partir de las premisas jurídicas que la conforman. Así tenemos:

2.1 Los actos que recaigan [sobre bienes]

Aunque la redacción es abierta, creo que no debería existir mayor discusión sobre el alcance de la palabra "actos" en la frase "actos que recaigan sobre bienes". Es evidente que el término acto no puede entenderse en un sentido fenomenológico (como suceso de la realidad), sino como un acto con sentido jurídico. En buen romance, estamos hablando del acto jurídico.

Así las cosas, queda claro que, para comprender y dotar de contenido al término acto jurídico, debemos recurrir al Código Civil y/o a las fuentes del derecho civil¹⁷. En esa tesitura, si el acto jurídico, de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entonces tales conductas —para lo que aquí nos ocupa— tendrán como objeto los bienes respecto de los cuales se dirige la pretensión de extinción de dominio.

En este nivel de análisis resulta importante aclarar que, en estricto sentido, la pretensión del Ministerio Público no recae sobre los bienes en sí, sino sobre los derechos que se ostentan respecto a ellos. Esta interpretación no solo se desprende del propio texto del artículo 32 de la ley, sino que también responde a una lógica contrastable. En efecto, si el requerido ostenta un derecho de propiedad sobre el activo objeto de la pretensión,

será ese derecho el que el Estado, llegado el momento, extinguirá a su favor. Bajo esa misma lógica, si el derecho que se ostenta es el de usufructo —y no el de propiedad—, será aquel, y no este, el que pasará a disposición del Estado. Esta lógica es uniformemente aceptada en el derecho civil, ya que se tiene claro que la relación jurídica no se establece entre el individuo y el bien en sí, sino entre el individuo y el derecho que ejerce sobre dicho bien (Lohmann 1995, 69).

De regreso a la premisa que nos ocupa, el estudio —y, sobre todo, la identificación— del acto jurídico vinculado resulta de medular importancia, ya que, de acuerdo con las normas referenciadas, será este el que se sancionará con nulidad, siempre que se verifiquen los demás elementos exigidos por el principio.

2.2 Bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico

Este segundo elemento¹⁸ está conformado, a su vez, por tres conceptos: i) bienes, ii) de origen o destino y iii) contrario al ordenamiento jurídico.

La referencia a bienes, como se indicó anteriormente, debe encontrar su definición en la normativa civil. En ese sentido, los actos jurídicos podrán tener como objeto aquellos bienes que se encuentren dentro del catálogo recogido en los artículos 885 y 886 del Código Sustantivo¹⁹.

Las categorías origen o destino —como es ampliamente conocido— se vinculan, respectivamente, con el nacimiento del derecho sobre el bien y su utilización conforme al bien común y al

¹⁷ Aquí me permito hacer una precisión necesaria: si bien la extinción de dominio tiene (y necesita) autonomía procesal y material, eso no implica que las instituciones de otras ramas del derecho deban modificar su contenido para ser "aceptadas" por la extinción de dominio. En ese sentido, cuando se hable de acto jurídico o de nulidad del acto jurídico, necesariamente se debe hablar de derecho civil. Esa es la lógica transversal en la aplicación del derecho.

¹⁸ Le llamo elemento con fines estrictamente pedagógicos.

¹⁹ El artículo 3.3 del Decreto Legislativo N.º 1373 identifica a los "bienes susceptibles de extinción de dominio" y los define como todos aquellos que, según los artículos 885 y 886 del Código Civil, son muebles e inmuebles. Igualmente lo son las partes integrantes, accesorios, frutos y productos de esos bienes.

ordenamiento jurídico, respectivamente. En síntesis, nos referimos a la adquisición y al ejercicio del derecho que se tenga sobre los bienes objeto del proceso de extinción.

Finalmente, el último elemento contextualiza los dos anteriores, al establecer que la adquisición o el ejercicio del derecho sobre el bien debe ser contrario al ordenamiento jurídico. Esto plantea la pregunta: ¿cuándo se considera que una adquisición o un ejercicio de derechos sobre un bien es contrario al ordenamiento jurídico?

Aquí se requiere especial cautela, ya que la norma utiliza la expresión "contrario al ordenamiento jurídico" en el numeral 3.1 del artículo III del título preliminar, al momento de definir actividad ilícita en los siguientes términos:

3.1. Actividad ilícita: toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del título preliminar del presente decreto legislativo.

Consideramos que ambos artículos deben interpretarse de forma armónica; de lo contrario, la causal de nulidad establecida en la ley resultaría extremadamente amplia y difusa. En ese sentido, sostenemos que la lectura correcta del principio es la siguiente: los actos que recaigan sobre bienes cuyo origen o destino esté vinculado a una actividad ilícita —entendida en los términos del artículo 3.1, es decir, como contraria al ordenamiento jurídico y relacionada con el ámbito de aplicación del decreto legislativo²⁰— son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Esta definición, sin embargo, solo permite avanzar la mitad del camino, ya que lo que corresponde es establecer los alcances del concepto actividad

ilícita. Sobre este particular ya nos hemos pronunciado en otro lugar (Jiménez 2023, 199). Las posturas existentes al respecto pueden resumirse en tres:

- a. Entender como *ordenamiento jurídico* todo aquel conjunto de acciones u omisiones que contravengan cualquiera de los cinco niveles normativos.
- b. Entender como *ordenamiento jurídico* las acciones o las omisiones descritas en el artículo I del título preliminar, además de otras actividades delictivas que puedan generar ganancias ilícitas.
- c. Entender como *ordenamiento jurídico* las acciones o las omisiones descritas en el artículo I del título preliminar, así como otras actividades delictivas y no delictivas que puedan generar ganancias ilícitas. Las no delictivas, en virtud de la fórmula de interpretación analógica "y otras", deberán poseer una entidad cualitativa y cuantitativa semejante a las del catálogo establecido en dicho artículo.

Esta problemática interpretativa encontraría solución con la eventual vigencia del texto sustitutorio contenido en el proyecto de ley N.º 3577-2022, en el cual el legislador se decantaba por circunscribir el concepto de *actividad ilícita* a las conductas tipificadas como delitos, exigiendo, además, una sentencia firme para su acreditación.

Respecto de esta propuesta legislativa, consideramos que establecer que las actividades ilícitas sean solo las tipificadas como delitos dotaría al sistema de una mayor predictibilidad, lo alinearía con la tendencia internacional en materia de decomiso sin condena, y no afectaría cuantitativamente el funcionamiento del subsistema de

²⁰ Artículo I del título preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373:

El presente decreto legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

extinción de dominio en el Perú. Por otro lado, requerir sentencia condenatoria previa sería un error y supondría una afectación frontal a uno de los pilares fundamentales de la extinción de dominio: su autonomía.

2.3 Nulo de pleno de derecho

En principio, debe señalarse que el calificativo "de pleno de derecho" asignado a la nulidad parece tener la finalidad de resaltar un carácter automático, lo que podría insinuar la ausencia de necesidad de una declaración judicial. Sin embargo, coincidimos en la línea doctrinaria que descarta esa posibilidad: en nuestro ordenamiento jurídico, las nulidades deben ser demandadas y declaradas judicialmente (León 2021, 386).

La nulidad, según lo dispuesto en la ley, es la consecuencia o efecto jurídico aplicable a los actos que se realicen sobre bienes de origen o destino contrarios al ordenamiento jurídico. En coherencia con lo sostenido hasta aquí, debe entenderse que la nulidad del acto jurídico a que se refiere la ley no es otra que la regulada por el Código Civil.

En doctrina colombiana, se señala que la nulidad *ab initio* se sustenta en los artículos 1519²¹ (objeto ilícito) y 1524²² (fin o causa) del Código Civil (Santander 2018, 185). En sentido similar, a nivel nacional se sostiene que la nulidad prevista en el régimen de extinción de dominio no constituye una novedad, ya que la legislación civil ya la contemplaba en los artículos 140, 219.4 y en el artículo V del título preliminar del Código Civil (Rosas 2021, 275).

En nuestro Código Civil, la descripción de las categorías "objeto" y "fin" como causales de nulidad es menos precisa que en el caso colombiano²³. Por ello, ha sido la doctrina la encargada de dotar de contenido a estas causales. La norma civil establece lo siguiente:

Artículo 219. El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. (*)²⁴
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del título preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

En principio, no debe olvidarse que, si existe algún consenso en la teoría del acto jurídico, es que la noción de objeto no se vincula con la cosa o el bien en sentido material. En efecto, el tema del objeto es uno de los más complejos, junto con el de causa o fin. Así, por ejemplo:

- El objeto del acto jurídico es la relación jurídica (Torres 2007, 224)²⁵.
- El objeto del acto jurídico es el conjunto de reglas jurídicas que la parte o las partes declaran hacer suyas con miras a conseguir un resultado práctico aceptado por el ordenamiento jurídico (Escobar 2003, 607).

²¹ Código Civil Colombiano, artículo 1519: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella es nula por el vicio del objeto".

²² Código Civil Colombiano, artículo 1524:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita, la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inhumano tiene una causa ilícita.

²³ Advertencia al lector: aunque tanto Colombia como Perú pertenecen a la misma familia jurídica, el contenido y la interpretación de los conceptos de objeto y fin del acto jurídico no son equivalentes, debido al tenor mismo de los artículos en la norma colombiana, que difieren del desarrollo normativo peruano.

²⁴ (*) Numeral derogado por el literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

²⁵ Inferencia corolaria del artículo 1402 del Código Civil peruano: "El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones". Así, si el objeto del contrato es la obligación, el objeto del negocio jurídico es la relación jurídica.

- El objeto del acto jurídico es el interés socialmente relevante, jurídicamente protegido por ser considerado digno de tutela legal (Taboada 2002, 227)²⁶.
- El objeto del acto jurídico es el bien idóneo, entendido no en su acepción material, sino como una abstracción determinada por la entidad que tiene para satisfacer el interés de las partes (Morales 2003, 242).

Sin perjuicio de las diversas posturas sobre el objeto, lo cierto es que su imposibilidad —física o jurídica— genera nulidad, conforme al artículo 219.3 del Código Civil.

Ahora bien, con fines estrictamente didácticos, realizaremos el análisis de la imposibilidad física del objeto desde la primera perspectiva señalada. Esta condición supone una imposibilidad material para la existencia de la relación jurídica (Vidal 2013, 130). Castillo Freyre gráfica este supuesto con el ejemplo de la obligación de entregar un dinosaurio vivo (2008, 10). Así, como bien concluye la doctrina, este tipo de imposibilidades resulta de sencilla apreciación (León 2021, 378; Ninamanco 2020, 811).

En cuanto a la imposibilidad jurídica del objeto, sí resulta importante un mayor desarrollo, dada la trascendencia de la postura que se asuma al respecto.

Torres Vásquez (2007, 264) sostiene que la imposibilidad jurídica del objeto coincide con su ilicitud. Es más, considera que es preferible hablar directamente de ilicitud, antes que de imposibilidad jurídica. Ilustra su postura con el ejemplo de vender el aire o el mar, lo cual implicaría introducir en el tráfico una prestación no autorizada por el ordenamiento jurídico, haciendo que el acto devenga en nulo, por objeto ilícito.

Por su parte, Lohmann Luca de Tena (1997, 534) distingue entre posibilidad jurídica e ilicitud.

Considera que la posibilidad jurídica se relaciona con la naturaleza de las instituciones —por ejemplo, la hipoteca de bienes muebles—, mientras que la ilicitud se fundamenta en un criterio valorativo.

Para Escobar Rosas (2003, 608), la imposibilidad jurídica del objeto se presenta cuando las reglas negociales no pueden ser ejecutadas porque se dirigen a obtener un resultado no previsto en el ordenamiento jurídico —pone como ejemplo la hipoteca sobre un bien mueble— o porque no toman en cuenta algún presupuesto exigido por este último —como pretender constituir un patrimonio familiar cuando se tienen deudas—.

En la línea de lo expresado, nos encontramos ante un objeto jurídicamente imposible —según la postura que se decida asumir— cuando la relación jurídica (o las reglas jurídicas, el interés socialmente relevante o el bien idóneo) no encuentra un desarrollo (o mandato) normativo que respalde lo que se pretende.

Desarrolladas las ideas antes expuestas, corresponde responder a la pregunta: ¿la nulidad a la que hace referencia el principio que nos ocupa se relaciona con el objeto física y jurídicamente imposible? En nuestra opinión, no estaríamos frente a esta causal. La adquisición de un inmueble o de un vehículo es materialmente viable, dado que se trata de bienes existentes, aprehensibles en la realidad y que forman parte del tráfico comercial. Además, el ordenamiento jurídico no solo no prohíbe, sino que reconoce y regula expresamente la transferencia de derechos reales sobre estos bienes.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 219.4 del Código Civil, el acto jurídico también es nulo si tiene un fin ilícito. La noción de fin ha merecido especial atención por parte de la doctrina, la cual, de forma mayoritaria, sostiene que está necesariamente vinculada al concepto de causa.

²⁶ Construcción que descansa sobre la visión social del acto jurídico.

Esta última, ya sea en su vertiente subjetiva u objetiva²⁷, se relaciona con la motivación de las partes o del propio negocio, respectivamente. Existe cierto consenso doctrinario en que la nulidad por fin ilícito debe entenderse en conexión con la noción de fin (causa) en su dimensión subjetiva. Esto, con el propósito de evitar una duplicidad que se generaría si se comprendiera el fin ilícito desde su vertiente objetiva y, al mismo tiempo, se considerara que el negocio jurídico es nulo por contravenir el orden público y las buenas costumbres, es decir, la nulidad prevista en el artículo V del título preliminar del Código Civil²⁸ (León 2021, 388).

Así las cosas, el acto jurídico será nulo por fin ilícito, cuando la motivación subjetiva de las partes persiga un fin espurio. Ahora, algo que no debe pasar desapercibido, es que el fin tiene que ser de las partes (entiéndase, de ambas partes), así lo acepta tanto la doctrina (León 2021, 382; Taboada 2007, 340) como la jurisprudencia (Casación 5843-2017/Lima Este; Casación. 1576-2018/La Libertad y Casación 579-2021/Lima).

De acuerdo con lo expuesto, para el tema que nos ocupa —la nulidad en el marco de extinción de dominio— estaríamos ante un acto jurídico nulo por fin ilícito, cuando ambos contratantes quisieran, por ejemplo, realizar un acto de compraventa para alejar el activo del acto criminal que permitió su financiamiento para evitar su incautación. Luego, en el resto de los casos, donde solo la persona vinculada a la actividad ilícita tiene un fin ilícito, pero para la otra su fin es lícito, no existiría nulidad en el marco del artículo 219.4 del Código Civil.

Lo mencionado merece particularmente atención, porque existe una tendencia interpretativa que relaciona la nulidad de extinción de dominio con la inobservancia del fin lícito del acto jurídico civil. Es posible que esos desarrollos sean resultado de la influencia de la doctrina colombiana sobre extinción de dominio, sin embargo, previo a aceptar dicha doctrina, habría que revisar el contenido de las causales del acto jurídico civil del país vecino, en tanto —como se dijo anteriormente— nuestras causales de nulidad del acto jurídico no tienen el mismo contenido.

La otra nulidad

Aunque está referenciada en el numeral 8 del artículo 219 del Código Civil, la otra nulidad es la llamada *nulidad virtual*, contenida en el artículo V del título preliminar del propio Código Civil, el cual establece: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

La técnica legislativa empleada en este artículo es compleja, ya que, en principio, no se declara nulos los actos jurídicos por ser contrarios al orden público o las buenas costumbres en sí, sino por ser contrarias a las leyes que interesan a estos últimos. En ese sentido, se presenta una doble dificultad interpretativa: primero, determinar el contenido de los conceptos *orden público* y *buenas costumbres*; y segundo, identificar cuál es la ley (en realidad, la norma jurídica) que responde a dichos intereses.

Obviamente, desentrañar estos conceptos excede la finalidad del presente artículo. Sin embargo,

²⁷ Las teorías que explican la noción de causa se dividen en: a) Subjetivas, en las cuales lo trascendente es la intención (motivación) de las partes. Dentro de estas encontramos: i) las teorías causalistas, que consideran que la motivación del negocio jurídico es abstracta e idéntica en todos los contratos del mismo tipo (por ejemplo, el comprador se obliga a pagar el precio porque en su mente está la representación de adquirir la propiedad de la cosa, y el vendedor se obliga a entregar la cosa porque en su mente está la representación de recibir el precio); y ii) las teorías neocausalistas, que consideran que la intención es específica de cada parte (por ejemplo, el comprador adquiere un vehículo con el motivo claro, y conocido por el vendedor, de utilizarlo para trabajar como taxista; si luego se revoca su licencia, ese motivo podría ser relevante para la validez o interpretación del contrato). b) Objetivas, en las cuales lo trascendente es la finalidad estructural del negocio jurídico. Dentro de estas encontramos: i) la teoría clásica (fin abstracto), que identifica la causa con el fin inmediato y directo del acto, constante y uniforme en todos los negocios del mismo tipo (por ejemplo, la entrega del bien y el pago del precio en un contrato de compraventa); y ii) la teoría de la causa como función económica y social, que identifica el fin del negocio jurídico en un contexto más amplio vinculado a su función social (por ejemplo, la compraventa no se agota en el intercambio del bien y el precio, sino que cumple una función económica en el mercado).

²⁸ Código Civil peruano, artículo V del título preliminar: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

siguiendo la línea de ejemplos extraídos de la doctrina y de la jurisprudencia, puede afirmarse que es esta la nulidad a la que se haría referencia en el principio de nulidad aplicable a la extinción de dominio.

En ese orden de ideas, resulta bastante claro que las conductas tipificadas como delito serían las que se encuadran dentro de los actos jurídicos sancionados con esta forma de nulidad. Así, la adquisición de cualquier derecho real con dinero proveniente de un delito constituiría un acto nulo por ser contrario a las leyes (penales) que interesan al orden público.

2.4 Sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe

La última frase del principio de nulidad se entiende como un salvoconducto que protege al tercero de buena fe frente a los efectos de la nulidad. Lo que corresponde ahora es determinar: ¿quién es el tercero?, ¿cuál es el derecho que se le protege?, ¿y de qué forma?

La referencia al tercero que aparece en artículo 3.12 de la ley lo define como: "toda persona natural o jurídica, diferente al requerido, que se apersona al proceso de extinción de dominio reclamando tener algún derecho sobre el bien". Como se aprecia, el tercero al que alude la norma es un tercero procesal (Rodríguez 2024, 39), mientras que el *tercero* contemplado en el principio de nulidad es un tercero material. Es posible que, en algunos casos, ambas figuras coincidan, pero es claro que la definición de tercero del glosario normativo no resulta útil para identificar al tercero protegido por el principio de nulidad.

Resulta más útil, en este análisis, el artículo 66 del reglamento²⁹, que identifica al tercero de buena fe como la persona que adquiere derechos sobre un bien patrimonial convencida de que lo hace de su legítimo titular.

En ese sentido, el tercero en los casos de extinción de dominio podría presentarse en el siguiente escenario: "A" adquiere un inmueble de "B", quien lo había adquirido previamente de "C", el cual lo compró con dinero proveniente de una actividad ilícita. Este tercero ("A") coincide con el previsto en el artículo 2014 del Código Civil peruano³⁰. En consecuencia, si A es un tercero de buena fe, a título oneroso, y ha inscrito su derecho, conserva el bien, incluso si el contrato entre "B" y "C" es declarado nulo.

Una situación más compleja sería aquella en la que "A" vende un inmueble a "B", y este último lo paga con dinero proveniente de una actividad ilícita. En este contexto, "A" —para el derecho civil— no sería un tercero, pues participa directamente en el acto nulo (según los términos descritos en los ítems anteriores). Sin embargo, conforme a lo que se viene sosteniendo, el tercero con-templado en el principio de nulidad de la Ley de Extinción de Dominio (en concordancia con el artículo 66 de la ley) parecería coincidir con nuestro personaje "A" en este último supuesto.

Lo expuesto en el párrafo anterior nos obliga a identificar con claridad quién puede ser considerado tercero en el marco del principio de nulidad objeto de análisis. Desde nuestra óptica —como lo afirmamos en su momento (Jiménez 2019, 264)—, es fundamental establecer cuál es la situación o relación jurídica principal; solo así podremos identificar a quien, en tanto no es parte de ella,

²⁹ Decreto Legislativo N.º 1373, artículo 66: "Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no solo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente", debiendo reunir los siguientes requisitos: 66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas, al inspeccionarlo, incurran 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, siempre que no concurren las siguientes circunstancias: a) pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o 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 o la naturaleza ilícita de los bienes patrimoniales.

³⁰ Código Civil peruano, artículo 2014:

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

puede ser considerado un tercero (Diez- Picazo 2007, 521).

En ese orden de ideas, creemos que el contexto del cual debe estar excluido quien pretenda ser protegido por el principio de nulidad está referido al suceso que genera el bien (origen ilícito) o al suceso que determina su destinación (destino ilícito). Solo si dicho individuo no forma parte de esa situación o relación jurídica podrá ser considerado un tercero en los términos del principio señalado.

Ahora bien, el hecho de que "A" sea un tercero —y además de buena fe— no cambia el carácter nulo del acto jurídico en el que participa (en el ejemplo, la compraventa del inmueble a "B"), dado que la nulidad virtual no exige la ilicitud del fin por ambas partes, siendo suficiente —en el caso comentado— la motivación ilícita de "B". Adicionalmente, no debemos olvidar que, como regla general, el acto nulo es insubsanable. En ese sentido, la buena fe de "A" no convalida el acto jurídico de compraventa, mucho menos lo subsana³¹.

Este escenario lleva a plantear que la protección de "A" frente al acto jurídico nulo podría transitar por dos vías posibles:

- a) La protección consistiría en la recuperación del inmueble, bajo la condición de devolver el dinero recibido; o
- b) La protección se traduciría en una indemnización por el daño sufrido.

Ambas respuestas resultan insatisfactorias, no solo en el plano material —el inmueble puede haber sufrido deterioros o la indemnización podría resultar simbólica ante la imposibilidad de cobro al contratante—, sino también en el plano jurídico. En efecto, ante la inexistencia de la fórmula "sin perjuicio de los derechos de terceros" en el principio de nulidad, las propias normas del

derecho civil ya podrían permitir la obtención de tales efectos.

Así las cosas, parece que la fórmula de protección del tercero de buena fe debe tener un alcance distinto, aunque en armonía con las reglas civiles del acto jurídico y su nulidad. La solución debe considerar, entonces, que el acto jurídico siga siendo nulo, pero que pueda generar ciertos efectos protectores a favor del tercero de buena fe.

La posibilidad descrita podría, *prima facie*, generar rechazo, pues rompe con la base tradicional de la nulidad: la ausencia de efectos jurídicos. Sin embargo, no debe olvidarse que el ordenamiento jurídico civil, en determinadas circunstancias, cede en salvaguarda de intereses válidos y relevantes. Así, tenemos los siguientes supuestos:

- El artículo 2014 del Código Civil peruano permite que el tercero de buena fe registral conserve su propiedad, aun cuando el acto del transferente sea declarado nulo.
- El artículo 284 del mismo cuerpo normativo garantiza los efectos del matrimonio nulo en favor del cónyuge e hijos de buena fe.
- El artículo 827 del Código Civil reconoce los derechos sucesorios del cónyuge e hijos de buena fe, aun cuando el matrimonio haya sido declarado nulo.

Como puede apreciarse, existen ciertos escenarios expresamente contemplados en la ley en los que, sin desconocer la nulidad del acto jurídico, se permite que los sujetos de buena fe conserven los efectos que les resultan favorables.

En ese orden de ideas, la propuesta es que se entienda que la protección del tercero de buena fe, prevista en el principio de nulidad, constituye un escenario adicional en el cual el ordenamiento jurídico admite la conservación de determinados efectos del acto jurídico nulo.

³¹ Código Civil colombiano, artículo 1742:

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y, en todo caso, por prescripción extraordinaria.

Conclusiones

La extinción de dominio —tanto como instituto como en su dimensión procesal— debe buscar articularse de manera coherente con el ordenamiento jurídico. No es admisible que características como la autonomía, la prevalencia, entre otras, generen la percepción de una independencia absoluta o lleven a considerar a la extinción de dominio como una "isla". Esta visión, además de ser insostenible frente al principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone una renuncia a la búsqueda de una aplicación armónica de las normas.

El principio de nulidad incorpora en su tenor institutos del derecho material que, en la línea de lo anteriormente señalado, deben ser necesariamente observados para dotarlo de un contenido adecuado y coherente. En ese sentido, la nulidad aplicable en el marco de la extinción de dominio no puede ser otra que la nulidad del acto jurídico regulada en el Código Civil. A la luz de los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, parece adecuado sostener que su base legal corresponde al artículo V del título preliminar del Código Civil —o, lo que es equivalente, al numeral 8 del artículo 219 del mismo cuerpo normativo—.

Ahora bien, desde nuestra óptica, el tercero de buena fe que el principio busca proteger incluye a quien participa directamente en el acto jurídico nulo. Para ello, debe entenderse que ese tercero —en este contexto específico— se define por su posición externa respecto del suceso ilícito que da origen al bien o al que este se destina.

Finalmente, consideramos que la protección al tercero no puede ser otra que la protección del derecho adquirido. Para ello, sin renunciar a calificar como nulo el acto jurídico en el que interviene, consideramos que este constituye uno de esos escenarios en los que, en virtud de la buena fe del tercero, el ordenamiento jurídico puede permitir que los efectos jurídicos del acto se mantengan a su favor.

Referencias

- Castillo Freyre, Mario, y Rosa Sabroso Minaya. 2008. "Teoría de los actos propios y la nulidad: ¿regla o principio de derecho?". *Revista Jurídica del Perú. Normas Legales*, 359-371.
- Escobar Rosas, Freddy. 2003. "Nulidad absoluta". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo I: título preliminar, Derecho de las personas y Acto jurídico, Gaceta Jurídica.
- Jiménez Niño, Sergio. 2019. "Aproximaciones a la extinción de dominio". *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 126 (diciembre).
- León Hilario, Leysser. 2021. "Nulidad del acto jurídico". En *Nuevo comentario del Código Civil peruano*, Tomo II, 356-421. Lima: Instituto Pacífico.
- Lohmann Luca de Tena, Juan. 1997. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley.
- Morales Hervias, Rómulo. 2003. "Objeto y tipo en las teorías del negocio jurídico y del contrato a propósito de la reforma del Código Civil". *Ad Vocatus. Revista de la Universidad de Lima*, 232-253.
- . 2015. "Objeto imposible jurídicamente y objeto ilícito. La supuesta eliminación de la causa del negocio jurídico ¿y en particular del contrato? por obra de la jurisprudencia judicial". *Diálogo con la Jurisprudencia*. 21-46.
- Ninamanco Córdova, Fort. 2020. "Nulidad del acto jurídico". En *Código Civil comentado*, Tomo I, 790-816. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez Salinas, Sergio. 2024. "¿Instrumentalización de bienes de 'terceros'? Extinción de dominio y límites al derecho de propiedad del titular ajeno al delito". Publicación del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Suiza - SECO.
- Rosas Castañeda, Juan Antonio. 2021. *Decomiso y extinción de dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Santander Abril, Gilmar. 2018. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamento de las causales extintivas*. Tesis de maestría, Universidad Santo Tomás de Aquino. <https://doi.org/10.15332/tg.mae.2018.00168>.
- Taboada Córdova, Lizardo. 2002. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley.
- Torres Vásquez, Aníbal. 2007. *El acto jurídico*. Lima: Idemsa.
- Vidal Ramírez, Fernando. 2013. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema. Sala Civil Transitoria. Casación 5843-2017-Lima Este, sentencia del 4 de septiembre de 2019.

Corte Suprema. Sala Civil Permanente. Casación 1576-2018-La Libertad, sentencia del 6 de junio de 2019.

Corte Suprema. Sala Civil Permanente. Casación 579-2021-Lima, sentencia del 23 de agosto de 2022.



La autonomía de la extinción de dominio frente a otras decisiones jurisdiccionales

Erick Guimaray Mori

Resumen

La autonomía es la característica más resaltante del proceso o de la acción de extinción de dominio, pues sintetiza la razón de su utilidad. Aunque en la actualidad esta herramienta de recuperación de activos ha perdido bastante terreno en ese aspecto debido a las recientes modificaciones legislativas, sigue siendo autónoma no solo en los casos exceptuados del requisito de una sentencia firme, sino principalmente en relación con su objeto y la forma de juzgamiento sobre bienes ilícitos. En este texto se aborda el concepto de autonomía desde la problemática que surge cuando otros fueros jurisdiccionales han resuelto determinados asuntos de interés para el proceso de extinción de dominio, lo cual pone a prueba, en los hechos, la desvinculación de su objeto y de su juzgamiento respecto de otros razonamientos judiciales.

Sumario

Introducción

1. Concepto de autonomía

1.1 Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

1.2 Autonomía de la extinción de dominio

2. Autonomía y sentencia penal

Conclusiones

Referencias



Introducción

El principio de autonomía en los fueros jurisdiccionales puede entenderse como una de las conquistas más significativas de la especialidad judicial; es decir, como la reivindicación de los objetos y procedimientos particulares que conforman el bloque de la administración de justicia de un Estado. Así, junto con la independencia de los fueros jurisdiccionales —que los protege de interferencias ajenas al ordenamiento jurídico—, la autonomía contribuye a cimentar las bases de una correcta administración de justicia.

Pero, además, hablar de autonomía también implica resaltar la importancia de los compartimentajes dentro del sistema judicial. En efecto, al tratarse de objetos y procedimientos especiales, se entiende que los hechos sometidos al juicio de esa jurisdicción requieren un cuerpo normativo propio, con características *ad hoc*. En consecuencia, la autonomía de un fuero jurisdiccional supone, también, la reivindicación de una adecuada política legislativa pública.

En materia de extinción de dominio, su propio texto legal (Decreto Legislativo N.º 1373, artículo 2.3 del artículo II del título preliminar) define qué debe entenderse por autonomía en los siguientes términos:

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.

Establecido así, la sentencia de extinción de dominio puede emitirse aun cuando otros fueros jurisdiccionales no se hayan pronunciado sobre la misma problemática, o lo que es lo mismo, actualmente la sentencia sobre extinción de dominio no necesita de otras resoluciones para resolver el caso.

Sin embargo, al 14 de abril de 2025, la autonomía tal como la conocemos en materia de extinción de dominio podría verse modificada. En efecto, con fecha 10 de abril, el Congreso de la República aprobó —en segunda

votación— un dictamen que busca perfeccionar³² la extinción de dominio como herramienta jurídica a la vanguardia de la recuperación de activos ilícitos, tanto nacionales como extranjeros. Según sus términos, la nueva propuesta legislativa aprobada exige, como condición para la aplicación de la extinción de dominio, la existencia de una sentencia judicial firme, salvo en los casos de bienes ilícitos vinculados a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, contrabando, defraudación tributaria, minería ilegal, estafa y delitos informáticos contra el patrimonio.

Este cambio legislativo, que aún requiere la firma del Poder Ejecutivo para entrar en vigor, pone sobre la mesa no solo la pertinencia de condicionar la aplicación de la extinción de dominio para ciertos casos y no para otros, sino también la utilidad misma de esta herramienta de decomiso sin condena. Es decir, el requisito previo de una sentencia firme para recuperar activos traslada el punto de mira de la eficiencia a otro fuero judicial (aquel que debe emitir dicha sentencia) y, por otro lado, en los casos en los que no se exige sentencia previa, el legislador ha dejado fuera importantes delitos que se caracterizan precisamente porque su *leitmotiv* es la generación de riqueza ilícita, contra la cual apunta el proceso de extinción de dominio desde una lógica político-criminal (delitos ambientales como la tala ilegal o el tráfico de vida silvestre, el lavado de activos, la corrupción, entre otros).

Por tanto, más allá de lo acertado o no del cambio legislativo, debería quedar claro que sin autonomía, la utilidad de esta herramienta se diluye, así como también su naturaleza propiamente jurisdiccional. En los casos en que dependa de otros fueros, la extinción de dominio dejaría de ser una jurisdicción diferenciada para convertirse, en la práctica, en una jurisdicción complementaria.

Con todo, a renglón seguido de la excepción que establece la modificatoria legislativa respecto al requisito de sentencia firme, el concepto de autonomía mantiene su vigencia y, en esa misma medida, también su discusión. Por ende, el presente texto busca abordar una arista particular de dicha discusión: el alcance del principio de autonomía frente a las decisiones jurisdiccionales que puedan emitirse, fundamentalmente, en el ámbito penal, donde se definen aspectos clave sobre el estatus legal o ilegal de un bien o activo.

Por lo demás, las ideas que siguen responden a una discusión general sobre el principio de autonomía en materia de extinción de dominio y, de modo particular, sobre su importancia en aquellos casos en que dicha autonomía se mantenga, en el marco de las modificaciones legislativas en ciernes.

³² Véase Congreso de la República del Perú. "En segunda votación aprueban dictamen que busca perfeccionar el proceso de extinción de dominio". Comunicaciones Congreso, 10 de abril de 2025. <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/en-segunda-votacion-aprueban-dictamen-que-busca-perfeccionar-el-proceso-de-extincion-de-dominio/#:~:text=El%20Pleno%20del%20Congreso%20de,Ley%203577%2F2022%2DCR>.

1 Concepto de autonomía

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, autonomía significa, fuera de su acepción política, 'condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie'.

No cabe duda de que esta definición constituye la base de lo que se entiende por autonomía en el proceso de extinción de dominio. Es decir, la extinción de dominio puede promoverse sin que otras jurisdicciones —como la penal— hayan actuado previamente, y tampoco depende de las decisiones finales de esos otros fueros, al menos no como requisito previo para su operatividad³³. Como además lo indica la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de las Naciones Unidas (Ley Modelo): "La extinción de dominio [...] se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso" (artículo 2).

Más allá de que esta definición de autonomía se sitúe en un supuesto ideal —donde ningún fuero jurisdiccional se haya pronunciado ni haya controvertido algún presupuesto de la extinción de dominio—, debe resaltarse que la autonomía de las jurisdicciones no es una característica exclusiva de este proceso. Por ejemplo, si el inicio o la decisión final del proceso penal dependiera, por mandato legal, de lo que se resuelva en el fuero civil, o viceversa, no tendría sentido hablar de jurisdicciones distintas; bastaría con estadios procedimentales dentro de una misma jurisdicción.

Entonces, más que referirse a una ausencia total de dependencias entre decisiones de distintos fueros, cuando se habla de autonomía probablemente se esté haciendo alusión, específicamente, a los estándares y al objeto de juzgamiento, los cuales son diferentes y autónomos respecto de los de otros procedimientos. Dicho de otro modo, en un

procedimiento de extinción de dominio se discute algo muy distinto a lo que se discute en un fuero penal o administrativo. Y ello es así incluso cuando la consecuencia pueda ser la misma —como la pérdida de la posesión de un bien—, ya que la diferenciación no radica en el resultado, sino en las características del procedimiento que conduce a ese resultado.

Sin embargo, esta autonomía de la extinción de dominio no implica la creación de un fuero jurisdiccional *sui generis* —"un nuevo derecho"— ajeno a los principios y reglas que rigen la aplicación del derecho en un Estado constitucional, y que, entre otras cosas, prohíben la confiscación de la propiedad como ejercicio arbitrario del poder estatal. En ese sentido, el proceso de extinción de dominio será autónomo (esto es, diferente) respecto de su objeto de juzgamiento, pero igualmente respetuoso del debido proceso y de los derechos fundamentales, como cualquier otra herramienta jurídica de raigambre constitucional.

En la misma línea, la autonomía del proceso de extinción de dominio no debe entenderse como la supresión de todos los vasos comunicantes entre jurisdicciones, pues, por un principio de unidad lógica de la administración de justicia, es razonable suponer que algunas cuestiones resueltas en un fuero tengan consecuencias en otros, siempre que tales "intromisiones" puedan justificarse en atención a la naturaleza jurídica del procedimiento de que se trate.

Así las cosas, si la autonomía recae en el objeto y en el juzgamiento, entonces la discusión sobre la autonomía de la extinción de dominio debería considerar la naturaleza jurídica del procedimiento, ya que es allí donde se explica tanto su objeto como su forma de juzgamiento.

³³ Véase Sentencia del Juzgado Especializado de Extinción de Dominio con sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica, expediente N.º 00159-2019-0-5401-JR-ED-01, de fecha 27 de noviembre de 2020, pág. 5; Jiménez Niño, Sergio. 2023. La autonomía del proceso de extinción de dominio y relación con la cosa juzgada. En Cuadernos para la Defensa Jurídica del Estado, N.º 1, Procuraduría General del Estado, págs. 65-66.

1.1 Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

La ley peruana y la Ley Modelo establecen que el procedimiento de extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial. La naturaleza jurisdiccional es propia de las herramientas jurídicas de un Estado de derecho que, si bien restringen gravemente ciertos derechos fundamentales —como el derecho de propiedad— lo hacen de forma legítima. En consecuencia, la mayoría de los fueros respecto de los cuales la extinción de dominio se declara autónoma también poseen naturaleza jurisdiccional, por lo que, en este aspecto, no habría mayor diferencia entre ellos.

Por otro lado, podría afirmarse que otras herramientas jurídicas —como las del derecho civil— también tienen contenido patrimonial y abordan cuestiones de naturaleza real. En ese sentido, no estaríamos propiamente ante un "nuevo derecho". Y, en efecto, así es. La extinción de dominio no es más que una herramienta jurídica que opera con contenidos ampliamente conocidos por los sistemas de justicia. Sin embargo, su verdadera nota distintiva radica en que el contenido patrimonial y la naturaleza real de su juzgamiento (con estándares distintos a los del ámbito penal) se aplican sobre bienes vinculados, fundamentalmente³⁴, a crímenes. Esta es una característica diferencial, ya que, normalmente, los bienes asociados a delitos son competencia del decomiso penal. Y en esta jurisdicción, dicho decomiso solo es posible cuando previamente se ha declarado la culpabilidad del sujeto (salvo, por supuesto, en el caso del decomiso ampliado).

Por ende, podría afirmarse que la naturaleza jurídica de la extinción de dominio es la de una acción civil de contenido criminal.

1.2 Autonomía de la extinción de dominio

Entonces, ¿qué es lo autónomo en la extinción de dominio? Su objeto y su procedimiento. Para un sector de nuestra judicatura, la extinción de dominio se adscribe más al modelo procesal civil³⁵, en la medida en que no se fundamenta en la culpabilidad, sino en la vinculación del bien con un determinado delito. Tampoco se basa en la primacía de un derecho o pretensión en el marco de una relación jurídica o comercial, ni en los resultados de un procedimiento administrativo contra un funcionario, por citar algunos ejemplos. Por esta razón, si la extinción de dominio se condicionara, para todos los casos, a una sentencia condenatoria previa —ya sea penal, civil o arbitral—, perdería todo sentido y valía.

En términos más específicos, la extinción de dominio es una herramienta de política criminal, ya que se erige como una respuesta frente al crimen desde su dimensión económica: "si es el motivo económico que caracteriza la actividad delictiva, entonces, esta urgencia de cometer delitos debe ser contrarrestada con el efecto 'igual y opuesto' de prevenir la acumulación de riqueza criminal" (Centorame 2019, 200). Así, por fuerza de su naturaleza jurídica, la autonomía del proceso de extinción de dominio adquiere connotaciones especiales en la lucha contra la criminalidad de beneficios.

En un plano formal y comparado, esta autonomía otorga a la extinción de dominio ventajas frente al decomiso penal, que justificarían además su utilidad (Castellví 2019, 19); sin embargo, también ha suscitado críticas³⁶ e incluso demandas de

³⁴ No es el espacio aquí para discutir la no pertinencia de los ilícitos administrativos como conductas previas de la extinción de dominio. Al respecto, véase García Caverio, Percy. 2024. Aspectos básicos del proceso de extinción de dominio. Revista Actualidad Penal, N.º 117. Lima: Instituto Pacífico, pág. 182.

³⁵ Véase Sentencia del Juzgado Transitorio Especializado de Extinción de Dominio con sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica, expediente N.º 00047-2021-1-5401-JR-ED-01, de fecha 25 de enero de 2022, pág. 4.

³⁶ "El delito cuya comisión motiva el comiso de los bienes, y la conexión de estos con dicho delito, no tienen que ser probados más allá de una duda razonable (beyond a reasonable doubt), sino que los requisitos a nivel probatorio se satisfacen con patrones mucho más laxos y, por ende, menos garantistas". Prieto del Pino, Álvaro. 2021. "El comiso sin condena o *civil asset forfeiture*: avanzando hacia el pasado." En *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal Humanista*, vol. II. Madrid: Boletín Oficial del Estado, pág. 1105. Sobre un concepto amplio de ilicitud en la extinción de dominio, trasgresor de la taxatividad, véase Díaz Velayzosa, Jesús. 2024. "La ilicitud en el proceso de extinción de dominio". *Chornancap Revista Jurídica*, N.º 2, págs. 17-32.

inconstitucionalidad en más de un país³⁷. No obstante, más que de ventajas, correspondería hablar de consecuencias lógicas propias de herramientas con distinto objeto y diferente lógica de juzgamiento.

Finalmente, y como ya se ha mencionado, hablar

de autonomía en un Estado de derecho no significa postular la existencia de un "derecho nuevo", sino plantear —en coherencia con su naturaleza jurídica— la exclusión razonada de ciertas decisiones jurisdiccionales (o la inclusión de otras) en el marco del proceso de extinción de dominio, como se abordará a continuación.

2 Autonomía y sentencia penal

La capacidad de rendimiento del principio de autonomía en el proceso de extinción de dominio no se manifiesta en escenarios pacíficos, donde no existen resoluciones que armonizar, sino precisamente allí donde una determinada jurisdicción ya se ha pronunciado sobre un aspecto que podría tener relevancia para el proceso de extinción de dominio, y se hace necesario determinar el nivel de incidencia que dicha decisión podría tener en este fuero.

En materia penal, suele denominarse *decomiso autónomo* al que procede dentro del juzgamiento de un delito cuyo autor ha fallecido o no puede ser enjuiciado (por ejemplo, debido a una fuga o a una incapacidad sobrevenida). Por otra parte, otra modalidad de decomiso autónomo, también en el ámbito penal, es el llamado decomiso ampliado, que se basa en la presunción de ilegalidad de los bienes pertenecientes a una persona condenada por un delito altamente lucrativo y que no puede justificar la procedencia lícita de dichos bienes. Así, cuando en el ámbito penal se habla de decomiso autónomo, usualmente se hace referencia a un decomiso sin necesidad de condena penal previa.

En materia de extinción de dominio, es lugar común afirmar que su autonomía se refiere, fundamentalmente, a la desvinculación respecto de la sentencia condenatoria e, incluso, de la

existencia de un proceso penal vigente. Y, en efecto, es así: casi todas las herramientas de extinción de dominio que se conocen en las distintas latitudes de Latinoamérica funcionan sin estar supeditadas ni a la condena ni al proceso penal. Ello se debe a que la culpabilidad de una persona no es necesariamente determinante para decidir sobre la licitud o ilicitud de sus bienes. Sin embargo, resta situarse en escenarios donde sí exista una sentencia penal, a fin de analizar su impacto o posible vinculación a la luz del principio de autonomía de la extinción de dominio.

En primer lugar, si una sentencia penal determinara que no existió actividad delictiva, un eventual proceso de extinción de dominio perdería su objeto de juzgamiento, pues ya no existiría actividad ilícita sobre la cual discutir la posible vinculación —de origen o de destino— de un bien o activo. Además, en virtud del artículo II, numeral 2.8 del Decreto Legislativo N.º 1373, el principio de cosa juzgada impediría que los mismos hechos sean nuevamente con-trovertidos en otro proceso (Jiménez 2023, 70-72).

Frente a esta situación, podría invocarse la habilitación legal contenida en el artículo I de la Ley de Extinción de Dominio, que menciona la "actividad ilícita" y no específicamente el "delito", para permitir el afecto de bienes vinculados a

³⁷ Véase, entre otras, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, expediente N.º 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018; Corte Constitucional de Colombia, expediente N.º C-327/20, de fecha 19 de agosto de 2020; Corte Constitucional del Ecuador, Caso N.º 1.21-OP/21, de fecha 17 de marzo de 2021; Defensoría del Pueblo del Perú. Demanda de Inconstitucionalidad, de fecha 2 de agosto de 2024.

ilícitos administrativos, que —aunque puedan haber aparecido en los hechos juzgados— no fueron resueltos por el juzgador penal. No obstante, debe tenerse presente que las actividades ilícitas no penales constituyen, en la práctica, supuestos sumamente controvertidos frente al principio de proporcionalidad, en el marco de la aplicación de la extinción de dominio (Centro de Gestión de Conocimiento 2023, 11-12).

En segundo lugar, una sentencia penal puede absolver al imputado, por ejemplo, debido a la insuficiencia del material probatorio en su contra o incluso por su probada inocencia. Sin embargo, esta decisión no impide, en principio, la aplicación de la extinción de dominio respecto de los bienes o activos involucrados en el hecho juzgado en sede penal. Por ejemplo, en el caso de una absolución por inocencia, podría tratarse de un poseedor absuelto que recibió el bien ilícito —sin un mínimo nivel de diligencia en la verificación de su origen— como regalo de su coprocesado, quien sí fue condenado.

En el supuesto de absolución por insuficiencia probatoria, también podría incoarse un proceso de extinción de dominio (García 2024, 192), pues el estándar probatorio exigido para determinar la culpabilidad penal es considerablemente más alto que el estándar probatorio de la extinción de dominio sobre la ilicitud de un bien o activo ("el estándar probatorio es aquello que es más probable que lo contrario"³⁸). En este sentido, si el injusto penal ha sido probado en un grado que satisfaga el estándar probatorio exigido por la extinción de dominio, los bienes o activos podrían ser afectados.

En tercer lugar, puede darse el caso en que una sentencia penal condenatoria haya calificado los hechos —donde se encuentra la actividad ilícita que interesa al proceso de extinción de dominio— de determinada manera, condicionando así su aplicación en el caso concreto. Por ejemplo, supongamos que tres personas han pagado a un

funcionario público para que este emita un informe favorable con miras a renovar un contrato de servicios. El Ministerio Público califica dichos hechos como concusión (artículo 382 del Código Penal) y obtiene una sentencia firme en ese sentido. Así, atendiendo a la calificación penal, el dinero entregado (producto de la concusión) pertenecería a las víctimas, pero, al mismo tiempo, podría considerarse como producto del delito, lo que constituiría una causal de extinción de dominio (Decreto Legislativo 1373, arts. 7.1.a y III.3.9).

En este ejemplo, válido para los casos anteriores a la entrada en vigor de la modificación legislativa, la calificación penal condiciona la aplicación del proceso de extinción de dominio, ya que, aunque formalmente existe un producto del delito en manos del condenado, también es cierto que dicho bien tiene un origen lícito, pues fue prácticamente arrebatado a una víctima constreñida. Dicho de otro modo, la calificación penal sitúa al caso en un supuesto en el que la extinción de dominio no podría operar, pues resultaría sumamente desproporcionado que, tras la comisión del delito de concusión, la víctima vea cómo su dinero pasa a ser propiedad del Estado.

En esta tesitura, cabría preguntarse si la autonomía del proceso de extinción de dominio le permite "soslayar el obstáculo" de la calificación penal, para interpretar que en realidad se trató de un caso de cohecho puro y simple, donde quien paga es tan responsable como quien recibe la ventaja indebida. Es decir, si se tratase de cohecho, el dinero entregado al servidor público constituiría un producto del delito que el proceso penal no ha abordado y que, en esa medida, podría ser objeto de la acción de extinción de dominio. Sin embargo, ese no es el sentido de la autonomía.

Como se explicó anteriormente, la autonomía guarda relación con el objeto y el juzgamiento, distintos de los que corresponden a otras jurisdicciones. Por tanto, si a la extinción de dominio le

³⁸ Véase Sentencia de la Sala de Extinción de Dominio, Arequipa, expediente N.º 05-2020, de fecha 10 de octubre de 2020, pág. 3.

interesa el bien o activo ilícito, y una jurisdicción distinta ya ha determinado que dicho bien no es ilegal —ni por su origen ni por su destino—, sino que pertenece a una víctima y se encuentra en manos de quien no debería tenerlo, entonces no habrá forma válida de incoar la acción extintiva. Incluso si se planteara un error en la calificación penal, debe advertirse que la autonomía de la extinción de dominio no está diseñada para corregir decisiones de otras jurisdicciones, sino para rechazar interferencias o dependencias ajenas a su objeto y a su modelo de juzgamiento.

Por lo demás, este asunto remite a una de las problemáticas poco abordadas por los especialistas y por nuestra judicatura: la pertinencia de aplicar la extinción de dominio sobre objetos del delito, especialmente aquellos de índole patrimonial.

Finalmente —entre muchas otras posibilidades—, puede ocurrir que en sede penal se haya dejado de afectar un determinado bien por una consideración distinta a la que se alega en el proceso de extinción de dominio. Es el caso, por ejemplo, de un vehículo utilizado como instrumento para cometer el delito de contrabando, pero que, en el proceso penal, haya sido devuelto al responsable del delito con el argumento de que no se trata de un instrumento intrínsecamente ilícito. En este supuesto, y sin discutir la corrección del razonamiento judicial penal, podría sostenerse —en virtud de la autonomía del proceso de extinción de dominio— que el vehículo fue empleado como medio para la comisión del delito, y que, en tal caso, no importa tanto su origen como su destinación. En consecuencia, procedería la extinción de dominio del bien, conforme a una de las causales previstas en el Decreto Legislativo 1373.

Conclusiones

La autonomía que importa es aquella referida a la declaración de responsabilidad (penal o administrativa, por ejemplo) de la persona, pues ese no es el objeto del proceso de extinción de dominio. Sin embargo, cuando se trata de decisiones jurisdiccionales relacionadas con la licitud de un bien, estas sí ameritan una reflexión sobre su rechazo o incorporación por parte del fuero de extinción de dominio.

No obstante, que no se requiera una declaración judicial de responsabilidad no implica desconocer que están en juego derechos fundamentales de las personas. En ese sentido, la autonomía no significa que el proceso de extinción de dominio quede librado a "propios" cauces o estándares que vulneren los derechos fundamentales o lo dispuesto en la Constitución Política. No se trata de un nuevo derecho, sino de una herramienta de política criminal orientada a recuperar activos sin condena, basada en la ilegalidad del bien más que en la responsabilidad del poseedor. Por tanto, ninguno de sus componentes es ajeno al acervo normativo desarrollado por el Estado de derecho. De ser así, estaríamos ante una creación ajena al orden jurídico que conocemos y, en consecuencia, ilegítima y errática.

Finalmente, la modificación legal que se cierne sobre el subsistema judicial de extinción de dominio pone sobre el tapete la importancia de la decisión jurisdiccional respecto de la posibilidad de aplicar retroactivamente una ley de naturaleza material, sin que ello se enmarque en la previsión constitucional de la retroactividad benigna en materia penal. La respuesta es clara: no es posible aplicar un concepto nuevo a hechos pasados. En tal sentido, el subsistema de extinción de dominio debería conservar la utilidad que le otorga su autonomía para perseguir la riqueza criminal. No obstante, para los casos futuros se vislumbra un escenario poco eficiente para el sistema de recuperación de activos ilícitos en el ordenamiento peruano, lo cual debería ser objeto de reflexión no solo por parte del legislador, sino también de la comunidad jurídica especializada.

Referencias

Castellví, Carles. 2019. "Decomisar sin castigar". *Indret*, N.º 1: 1-67.

Centorame, Francesco. 2019. "La confisca senza condanna e i suoi riflessi in capo alla persona giuridica nel processo penale italiano". *Diritto Penale Contemporaneo*, N.º 4: 199-210.

Centro de Gestión de Conocimientos. 2023. *La proporcionalidad en el decomiso: Análisis de la extinción de dominio en el Perú*. Basel: Basel Institute on Governance.

Defensoría del Pueblo del Perú. 2024. *Demanda de inconstitucionalidad*. Presentada el 2 de agosto de 2024.

Díaz Velayosa, Julio. 2024. "La ilicitud en el proceso de extinción de dominio". *Chornancap Revista Jurídica*, N.º 2: 17-32.

García Caveró, Percy. 2024. "Aspectos básicos del proceso de extinción de dominio". *Revista Actualidad Penal*, N.º 117: 177-206. Lima: Instituto Pacífico.

Jiménez Niño, Sergio. 2023. "La autonomía del proceso de extinción de dominio y relación con la cosa juzgada". En *Cuadernos para la Defensa Jurídica del Estado*, N.º 1, 64-74. Lima: Procuraduría General del Estado.

Prieto del Pino, Alberto. 2021. "El comiso sin condena o civil asset forfeiture: avanzando hacia el pasado". En *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Vol. II, 1103-1113. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia. 2020. Sentencia, expediente N.º C-327/20, de fecha 19 de agosto de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador. 2021. Sentencia, Caso N.º 1.21-OP/21, de fecha 17 de marzo de 2021.

Juzgado Especializado de Extinción de Dominio con sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica. 2020. Sentencia, expediente N.º 00159-2019-0-5401-JR-ED-01, de fecha 27 de noviembre de 2020.

Juzgado Transitorio Especializado de Extinción de Dominio con sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica. 2022. Sentencia, expediente N.º 00047-2021-1-5401-JR-ED-01, de fecha 25 de enero de 2022.

Sala de Extinción de Dominio, Arequipa. 2020. Sentencia, expediente N.º 05-2020, de fecha 10 de octubre de 2020.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2018. Sentencia, expediente N.º 146-2014/107-2017, de fecha 28 de mayo de 2018.



La carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio

Joseph Domínguez Miñano

Resumen

El presente trabajo aborda el instituto de la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio, regulado en el artículo II.9 del Decreto Legislativo N.º 1373. Se busca desarrollar ideas claras sobre su contenido y dimensión, poniendo en controversia las posiciones adoptadas por la jurisprudencia (carga dinámica) y por sus detractores (inversión de la carga), para finalmente proponer una interpretación acorde con nuestro ordenamiento jurídico, a propósito de los cambios normativos recientemente aprobada por el Congreso de la República.

Sumario

Introducción

1. La carga procesal
2. La carga de la prueba
 - 2.1. La carga formal o subjetiva de la prueba
 - 2.2. La carga material u objetiva de la prueba
3. Deber, derecho y carga
4. La carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio
 - 4.1. La carga dinámica de la prueba
 - 4.2. La inversión de la carga de la prueba
5. Entonces, ¿quién pierde en el proceso de extinción de dominio ante insuficiencia probatoria?
6. A propósito del proyecto de Ley No. 3577/2022

Conclusiones

Referencias



Introducción

La carga de la prueba es una de las instituciones de mayor desarrollo y relevancia en el derecho procesal. Tiene incidencia en todos los procesos judiciales, independientemente de la especialidad que se trate. Se utiliza como brújula en el proceso para orientar a las partes sobre la aportación probatoria que les corresponde, así como para trazar reglas que permitan identificar quién pierde en el proceso en caso de incertidumbre.

Esta institución jurídica ha cobrado especial relevancia en el proceso de extinción de dominio, donde se alzan voces que abogan por una interpretación favorable a sus variantes, como la carga dinámica probatoria o la inversión de la carga de la prueba; y otras que demandan su inconstitucionalidad o —como ha sucedido recientemente— su modificatoria.

En este breve estudio, se desarrollarán algunas ideas sobre la carga probatoria, partiendo por identificar el género al cual pertenece (carga procesal), los tipos de carga probatoria (carga formal y material) y sus diferencias con los términos *deber* y *derecho*.

Ello permitirá construir una interpretación del artículo 2.9 del título preliminar de la Ley de Extinción de Dominio (LED), más acorde con nuestra realidad, y concluir que en nuestro sistema no resulta admisible la teoría de la carga dinámica ni la inversión de la carga de la prueba. Asimismo, se argumentará que la modificatoria solo reafirma la interpretación contenida en la versión original de la ley.

No obstante, no se pretende finiquitar el debate que surge sobre esta institución ya que somos conscientes del desarrollo que viene teniendo en países vecinos y en nuestra propia jurisprudencia y doctrina, motivo por el cual se intenta postular una óptica diferente para enriquecer la discusión sobre *onus probandi* en la extinción de dominio.

1 La carga procesal

Desde una perspectiva general, el término carga puede definirse como el peso que recae sobre una persona o cosa. Desde una perspectiva jurídica, la carga se vincula al proceso y puede observarse en diversos escenarios en los que la ley impone a los litigantes determinadas conductas, cuyo cumplimiento genera efectos dentro del proceso.

Así, por ejemplo, se impone al justiciable que, al momento de presentar su demanda, cumpla con los requisitos del artículo 424 del Código Procesal Civil (CPC); de no hacerlo, la consecuencia será su inadmisibilidad o improcedencia. Situación similar ocurre cuando se solicita la constitución como actor civil, acto que requiere cumplir con los requisitos del artículo 100 del Código Procesal Penal (CPP).

En ese sentido:

Parece atendible la hipótesis de que la mayor parte de las situaciones subjetivas que le

corresponden a los sujetos procesales (si no todas) sean interpretables como cargas en función de su estructura, independientemente de cómo vengán calificadas —cuando lo son expresamente— por las normas que las disciplinan. (Taruffo 2018, 238)

Si bien la doctrina procesal se ha centrado tradicionalmente en la carga probatoria, la carga procesal tiene, en realidad, un alcance más amplio. Puede definirse como un "imperativo del propio interés, impuesto a una parte cuyo cumplimiento puede, eventual-mente, traducirse en una ventaja procesal o —por lo menos— en contribuir a la integración y desarrollo del proceso" (Peyrano 2013, 957).

Por lo tanto, la carga procesal tiene una presencia más amplia en el proceso, aunque muchas veces pase inadvertida, y no se limita exclusivamente a los escenarios probatorios, pese a que sea en estos donde goza de mayor éxito.

2 La carga de la prueba

"La carga de la prueba es una especie del género carga procesal" (Devis 2002, 401). Esta institución ha recibido mayor atención y desarrollo en la doctrina procesal que el propio género al que pertenece.

La carga de la prueba postula una idea básica, lógica y razonable: "cada litigante debe probar lo que afirma para tener una expectativa de ganar el proceso" (Nieva-Fenoll 2020, 121) (*onus probandi*). No obstante, también se aplica en "supuestos de ausencia de prueba donde el ordenamiento atribuye las consecuencias negativas de dicha

ausencia a una o a otra parte, lo que normalmente determina para el perjudicado la pérdida del proceso" (Nieva-Fenoll 2010, 49).

Como indica Michele Taruffo, citando a Gavazzi, parece que el legislador "aprovecha —por así decirlo— los intereses de las partes para orientar el proceso al logro de una finalidad de relevancia general" (Taruffo 2018, 241). A mi entender, esta finalidad no sería otra que la búsqueda de la verdad, mediante la construcción probatoria que realicen las partes y que el juzgador acoja como verosímil. Por tanto, si una parte no aporta los

medios de prueba que le corresponden, deberá asumir las consecuencias procesales de dicha omisión.

En la carga de la prueba:

Se perciben dos escenarios, tanto la necesidad de contar con una guía de conducta para las partes que requieren conocer de antemano lo que les corresponde probar en un proceso determinando, como el serio inconveniente que debe resolver el juzgador ante la falta de prueba de algún hecho controvertido. (Calvinho 2017, 134)

Ahora bien, la evolución doctrinal de la carga de la prueba ha generado distintas matizaciones, entre las cuales destacan la carga dinámica y la inversión de la carga de la prueba, que abordaremos más adelante. A continuación, desarrollaremos los lineamientos de sus dos vertientes principales: la carga formal (dimensión subjetiva) y la carga material (dimensión objetiva).

2.1 La carga formal o subjetiva de la prueba

La carga formal de la prueba, también denominada *carga subjetiva*, supone "que cada parte debe aportar al proceso la prueba de los hechos que le sean favorables" (Weber 1805, 154). Esta concepción responde a la pregunta: "¿qué parte debe aportar prueba al procedimiento?" (Ferrer 2022, 114). Como regla general, puede afirmarse que cada parte debe probar lo que afirma (*affirmanti incumbit probatio*).

Así lo recoge nuestra normativa. Por ejemplo, el artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC) establece que "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 similar sentido, el artículo 23 del Código Procesal Laboral

(CPL) señala: "La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos [...]".

Esta vertiente subjetiva busca determinar a cuál de las partes le corresponde la responsabilidad de aportar pruebas. Así, San Martín indica que la carga de la prueba establece cuál de las partes debe realizar la actividad probatoria respecto de los hechos controvertidos (2020, 762-763).

La carga también puede ser atribuida a una de las partes de forma exclusiva, como ocurre en el proceso penal. El artículo IV del título preliminar del Código Procesal Penal (CPP) establece expresamente que el Ministerio Público "tiene el deber de la carga de la prueba". En este escenario, no se exige que el procesado demuestre su inocencia ante los tribunales, ya que toda la responsabilidad probatoria recae exclusivamente sobre los hombros del Ministerio Público.

En esa línea, esta teoría resulta útil para determinar, dentro de un proceso, qué parte es la encargada de probar un hecho o, en todo caso, qué extremo le corresponde probar. Se perfila así como una regla de aportación que orienta el procedimiento.

Sin perjuicio de la presencia que tiene la carga subjetiva de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico, salvo excepciones, esta vertiente puede generar una sensación de obiedad intuitiva. Si bien es común que quien inicia un proceso cuente con un objetivo probatorio determinado, su verdadera utilidad se revela en situaciones de traslado (parcial) de la carga probatoria.

La doctrina mayoritaria sostiene que la carga formal de la prueba fue configurada siguiendo las pautas del sistema de prueba legal (Nieva-Fenoll 2018, 137), en el que es la ley la que señala por anticipado el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado medio probatorio (Neyra 2010,

554), y en el que la labor de valoración se limitaba, esencialmente, a contar los testigos hábiles que permanecieran al final, a fin de verificar si se alcanzaba el número requerido para considerar un hecho probado (Nieva 2018, 134). De ahí la importancia de determinar a qué parte corresponde aportar la prueba en el proceso.

Sin embargo, con el sistema de libre valoración de la prueba se abre un nuevo panorama. Tal como señala Nieva-Fenoll, citando a Rosenberg, ya no importa en realidad quién aporta la prueba, sino que "lo que interesa es averiguar la veracidad de los hechos, es decir, lo que denomina carga objetiva de la prueba, formando parte de un momento posterior la concreción de a quién le perjudica la falta de prueba de un hecho" (Nieva-Fenoll 2018, 139).

La carga de la prueba cobra mayor sentido (Jiménez 2024, 110) cuando se traslada su ámbito de aplicación al momento de la decisión final del proceso (dimensión objetiva o material), y no únicamente durante su desarrollo.

2.2 La carga material u objetiva de la prueba.

La carga material de la prueba —también denominada carga objetiva— desplaza su aplicación a un momento posterior del proceso, concretamente cuando el juez valora el acervo probatorio y advierte la insuficiencia de medios aportados por ambas partes. Sin embargo, pese a dicha insuficiencia, debe adoptar una decisión para resolver el caso. En ese contexto, la carga de la prueba responde a la pregunta: "¿quién pierde si no hay prueba suficiente?" (Ferrer 2022, 114).

San Martín (2020) señala que la carga de la prueba en sentido material:

Determina cuál de las partes ha de soportar los efectos desfavorables de la sentencia en el supuesto de que alguno de los citados hechos no resultara suficientemente probado en el juicio o exista duda o incertidumbre sobre la verdad o certeza de los hechos relevantes para condenar o absolver. (763)

La carga objetiva prescinde de toda actividad previa de las partes y regula las consecuencias jurídicas de la incertidumbre. De este modo, su aplicación se traslada al análisis final del juzgador. En consecuencia, cumple la función de "determinar quién pierde el proceso si no hay prueba suficiente de ninguna de las hipótesis en conflicto" (Ferrer Beltrán 2021, 19).

Solo si determinamos que no se alcanza el umbral de suficiencia probatoria respecto de ninguna de las hipótesis sobre los hechos en conflicto en el proceso, adquiere relevancia la pregunta acerca de quién pierde si no hay prueba suficiente.[...] Por ello puede decirse con rotundidad que la carga de la prueba es subsidiaria a los estándares de prueba, puesto que solo después de justificar la insatisfacción del estándar de prueba aplicable cabrá traer a debate a quién perjudica la ausencia de prueba suficiente. (Ferrer 2022, 65)

En este escenario, la carga de la prueba objetiva funciona como una regla de juicio, con el objetivo determinar quién debe asumir las consecuencias negativas del caso.

3 Deber, derecho y carga

Es usual que, al tratar de definir la carga procesal o probatoria, nos encontremos con términos que, desde una perspectiva general, podrían contribuir a su comprensión, tales como deber (obligación) y derecho que tienen los sujetos de aportar prueba. Sin embargo, considero necesario delimitar su alcance, ya que podríamos incurrir en errores al momento de comprender esta institución procesal.

En el caso de la carga, se exige una conducta (que puede consistir en la aportación probatoria), pero esta exigencia guarda relación con el interés que el propio sujeto tiene en el proceso para lograr un determinado resultado. Por lo tanto, este comportamiento es voluntario y libre; es decir, su cumplimiento nace del interés propio del individuo, bajo la expectativa de obtener un resultado favorable.

Así pues:

Existe carga cuando un determinado comportamiento es necesario para alcanzar un

fin jurídico; a su vez que 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 2002, 377)

Por otro lado, el derecho es una facultad que tienen los sujetos para —en este caso— aportar prueba, y también se ejerce de forma voluntaria. Si bien podría coincidir con la definición de carga, esta no constituye un derecho. Puede identificarse, más bien, como una conminación (Jiménez Niño 2020, 271) o como una exhortación al ejercicio de un comportamiento.

4 La carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio

La carga probatoria en el proceso de extinción de dominio se encuentra recogida en el artículo 2.9 del título preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373, Ley de Extinción de Dominio, que a la fecha señala lo siguiente:

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.

Si bien la técnica normativa adoptada por el legislador no es la más adecuada —pues su redacción, por un lado, "se asemeja a una regla de admisibilidad" (Jiménez 2020, 275) (carga procesal), y, por otro, conmina al requerido a acreditar en el proceso la licitud del bien— considero que existe una confusión al interpretarse como única carga probatoria la atribuida al requerido, bajo rezagos —de corte penal— del derecho a la presunción de inocencia, los cuales no resultan aplicables en este proceso.

En una interpretación sistemática con los artículos 17 y 20, no solo se determina la carga probatoria,

sino también el escenario procesal en el cual las partes podrán ejercitar su derecho a probar. Mientras que el Ministerio Público lo hará en la demanda, el requerido tendrá esa misma oportunidad en la contestación. Esto forma parte de la estructura del proceso de extinción de dominio, propio de los procesos civiles *in rem*, pero no exime al Ministerio Público del peso probatorio que le corresponde.

En atención a los argumentos antes señalados, el trasfondo que subyace en la norma es una carga formal o subjetiva. Desde nuestro punto de vista, esta establece una regla de distribución de la carga probatoria entre los sujetos que intervienen en el proceso. Por un lado, al Ministerio Público se le asigna la carga de ofrecer pruebas que demuestren el origen o destino ilícito del bien; mientras que a la parte demandada (el requerido) le corresponde aportar pruebas que acrediten lo contrario.

In contrario sensu, el legislador no ha incorporado una regla de juicio, es decir, no ha señalado qué parte procesal deberá soportar las consecuencias negativas ante un eventual caso de insuficiencia probatoria, sino que únicamente ha distribuido la carga de probar entre ambas partes.

4.1 La carga dinámica de la prueba

Existe una amplia acogida en nuestra jurisprudencia y doctrina nacional respecto de la carga dinámica de la prueba, también denominada carga de *facilidad probatoria*. Pero ¿en qué consiste dicha doctrina?

En su variante más difundida se traduce en que frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio hacia la contraria, por encontrarse ésta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa. (Peyrano 2013, 971).

La teoría de las cargas probatorias dinámicas reconoce varias reglas, no existiendo un listado taxativo de las mismas, siendo que toda aquella regla que se justifique en la dificultad probatoria de una de las partes para producir una prueba que beneficie a su interés y, en la facilidad probatoria de la otra para aportar la misma al proceso puede ser incluida en el grupo de estas reglas. (Campos 2012-2013, 206).

Bajo el denominado dinamismo, se flexibiliza el criterio tradicional de distribución de la carga. Algunos autores consideran que se trata de un "incremento de los poderes de instrucción del juez que le permiten redistribuir la demostración fáctica entre los sujetos procesales" (Ramírez-Carbajal 2020, 229-230).

Por supuesto que:

[el] desplazamiento atípico del *onus probandi* que importa la aplicación de la doctrina de la carga probatoria dinámica, funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias, y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios. (Peyrano 2013, 927).

En el proceso de extinción de dominio:

esta teoría predica que quien está en mejores condiciones de probar un hecho es quien debe aportar la prueba al proceso. [...] Se entiende en esa medida que es el afectado que tiene mayores facilidades para acceder y aportar la prueba sobre el origen de los bienes. (Rosas 2021, 466).

En el Perú, la carga dinámica de la prueba en el subsistema de extinción de dominio ha estado fuertemente influenciada por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales colombianos. Sin

embargo, la legislación de ese país presenta una construcción normativa más clara y sistemática sobre la carga de la prueba, como se evidencia en el artículo 152 del Código de Extinción de Dominio Colombiano, que establece:

En el proceso de extinción de dominio opera la carga dinámica de la prueba. Corresponde al afectado probar los hechos que sustenten la improcedencia de la causal de extinción de dominio.

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 un tercero de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de alegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio.

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.

De esta forma, la ley colombiana no solo identifica con claridad la regla de distribución de la carga probatoria entre el Ministerio Público y el sujeto requerido, sino que, además, establece de manera expresa que en estos procesos opera la carga dinámica de la prueba y determina una regla de juicio en su párrafo final. Esta precisión normativa no ha sido contemplada por el legislador nacional.

Es posible considerar que la ausencia de una formulación taxativa en este extremo no constituye impedimento para aplicar la carga dinámica de la prueba. No obstante, al tratarse de una regla de carácter procesal —cuya utilidad radica en orientar el comportamiento de las partes, y en particular del requerido—, su incorporación expresa en la norma resulta necesaria.

Por otro lado, el argumento de la facilidad probatoria, que sostiene que en determinadas circunstancias el requerido tendría mayores posibilidades de aportar prueba, no resulta del todo acertado. Al menos no desde la perspectiva del proceso de extinción de dominio, donde las partes procesales no cuentan con un mismo nivel de recursos —logísticos, económicos, entre otros—.

A diferencia de los procesos civiles, en los que el enfrentamiento se produce entre particulares con limitaciones similares, en el proceso de extinción de dominio el litigio se plantea entre el Estado y el ciudadano "titular" del bien. Esta disparidad también se evidenciaba —antes de la modificación de la LED— en el plazo con el que contaba el requerido para reunir el material probatorio que le fuera favorable.

Por tales razones, considero que el artículo 2.9 de la LED no contempla una carga dinámica de la prueba, sino una regla de aportación y distribución probatoria (carga subjetiva), lo cual se hace más evidente con la nueva regulación próxima a entrar en vigor.

Para que esta institución opere, es necesario modificar la norma y establecer con claridad las consecuencias que tendrá su aplicación en el proceso, así como el escenario procesal —sea como regla o excepción— en el que resultará aplicable.

4.2 La inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba consiste en el desplazamiento total del deber probatorio hacia una de las partes del proceso, por considerarse que tiene mayor facilidad para aportar la prueba. En el caso de la extinción de dominio, esta figura ha sido objeto de debate en torno a la Ley, especialmente a raíz de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo.

En dicha demanda se sostiene que el artículo 2.9 del título preliminar incorpora una inversión de la

carga de la prueba en perjuicio del afectado o requerido, lo que le otorga al proceso una óptica penal basada en el derecho a la presunción de inocencia. Este planteamiento resulta incorrecto, pues, si bien se trata de un proceso de naturaleza híbrida (civil-penal), el argumento propuesto en la demanda omite la carga probatoria que también se atribuye al Ministerio Público.

La regulación del artículo 2.9 no contempla una inversión de la carga probatoria —menos aún lo hace su reforma—, lo cual constituye un acierto respecto de la dinámica probatoria que el legislador ha adoptado para el proceso de extinción de dominio.

5 Entonces, ¿quién pierde en el proceso de extinción de dominio ante insuficiencia probatoria?

Como se indicó líneas arriba, la redacción literal y normativa de la versión original del artículo 2.9 de la LED no establece una regla de juicio, sino una regla de aportación. En consecuencia, en un escenario de insuficiencia probatoria, el citado artículo 2.9 no resultaría útil para resolver el caso.

Cabe mencionar que la función principal del proceso radica en determinar la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula ciertas consecuencias jurídicas, así como en la imposición de dichas consecuencias a los sujetos previstos en el propio ordenamiento. En ese sentido, se concluye que la función del proceso es la aplicación del derecho (Talavera 2009, 21).

En el presente caso, se pretende declarar la extinción de bienes patrimoniales que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias vinculados o derivados de actividades ilícitas.

Por lo tanto, para que se aplique la consecuencia jurídico-patrimonial consistente en trasladar a la esfera del Estado la titularidad de dichos bienes, resulta indispensable acreditar alguno de los supuestos previstos en la norma.

En ese orden de ideas, ante un escenario de incertidumbre, corresponde al Ministerio Público —en tanto parte procesal que postula la consecuencia jurídica prevista en la LED— asumir las consecuencias negativas del proceso si no logra acreditar el origen o destino ilícito del patrimonio.

No corresponde al requerido soportar dichas consecuencias frente a la duda o incertidumbre probatoria. Si el acervo probatorio no permite acreditar el supuesto de hecho contenido en la demanda, el juez deberá declarar esta infundada.

6 A propósito del proyecto de Ley N.º 3577/2022

El Congreso de la República ha aprobado, en segunda votación, el proyecto de Ley N.º 3577/2022-CR, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1373, Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, a fin de perfeccionar el proceso de extinción de dominio. Esta reforma legislativa introduce cambios sensibles al proceso, entre ellos, la modificación del artículo 2.9 en los siguientes términos:

2.9. Carga de la prueba: para la admisión a trámite **y declarar fundada** la demanda de extinción de dominio, corresponde al fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien.

Tal como está redactada, la norma no establece una distribución de la carga probatoria entre las partes (Ministerio Público y requerido), sino que enuncia una regla de aportación que asigna al Ministerio Público la responsabilidad exclusiva de acreditar su pretensión.

Desde esta perspectiva, la incorporación de una regla de juicio que condicione la fundabilidad de la demanda a la razonabilidad de las pruebas

presentadas por el fiscal resulta redundante e innecesaria, pues no se reconoce otra carga que no sea la del Ministerio Público, quien será el único obligado a soportar los efectos negativos del proceso en caso de insuficiencia probatoria. Entonces, ¿es útil esta modificación?

Si la intención del legislador era, por un lado, evitar interpretaciones que aludan a la carga dinámica o a la inversión de la carga de la prueba y, por otro, precisar que corresponde a la Fiscalía acreditar el origen o destino ilícito del bien, ello ya estaba contemplado en la versión original, conforme a la interpretación expuesta en el presente artículo.

Siendo así, la reforma responde a una preocupación generada a partir de una interpretación errónea del artículo 2.9.

No obstante, en un escenario *de lege ferenda*, la redacción más acorde con la intención del legislador podría formularse del siguiente modo: "El Ministerio Público tiene la carga de la prueba". Con ello se evita recurrir a términos como *admisibilidad* y *fundabilidad*, que pueden generar confusión tanto en los operadores jurídicos como en las partes procesales.

Conclusiones

- La carga de prueba es una especie del género carga procesal.
- En la carga de la prueba pueden identificarse dos vertientes: 1) carga formal o subjetiva, y 2) carga material u objetiva.
- La carga formal determina quién debe aportar prueba en el procedimiento (regla de aportación o distribución), mientras que la carga material establece quién pierde el proceso en caso de insuficiencia probatoria (regla de juicio).
- La carga de la prueba no constituye un deber ni una obligación.
- La carga probatoria, en su versión original, debe interpretarse como una regla de distribución. De ella no se derivan ni la carga dinámica de la prueba ni la inversión de la carga probatoria. En caso de insuficiencia probatoria, es el Ministerio Público quien asume las consecuencias negativas del proceso, al ser quien postula la aplicación de la consecuencia jurídica de la Ley de Extinción de Dominio (LED).
- El texto sustitutorio del artículo 2.9 no desarrolla una interpretación distinta de la versión original.
- Si el legislador pretendía establecer una mejor técnica normativa, debió adoptar como fórmula legislativa la siguiente: "El Ministerio Público tiene la carga de la prueba".

Referencias

Calvinho, Gustavo Adrián. 2017. "La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental". *Vox Juris* 34 (2): 133-143.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222552>

Campos Murillo, Walter Eduardo. 2012-2013. "Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. Apuntes iniciales". *Revista Oficial del Poder Judicial* 6-7 (8 y 9): 201-214.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e26cc40047544a13be2eff6da8fa37d8/1.+%C3%8Dndice+y+Presentaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e26cc40047544a13be2eff6da8fa37d8>

Devis Echeandía, Hernando. 2002. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.

Ferrer Beltrán, Jordi. 2021. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, Jordi. 2022. "La conformación del conjunto de elementos de juicio I: proposición de pruebas". En *Manual de razonamiento probatorio*, 151-174. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Jiménez Niño, Sergio. 2020. "Carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio". *Gaceta Penal & Procesal Penal* 128: 269-280.

Jiménez Niño, Sergio. 2024. "¿Quién tiene la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio?". *Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado* 5: 107-119.

Neyra Flores, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.

Nieva-Fenoll, Jordi. 2010. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Nieva-Fenoll, Jordi. 2018. "La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida". *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal* 1 (octubre): 129-146.

<https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-carga-de-la-prueba-una-reliquia-historica-que-debeira-ser-abo>

Nieva-Fenoll, Jordi. 2020. "Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado". *Estudios de Derecho* 77 (170): 117-148.

Peyrano, Jorge W. 2013. "La carga de la prueba". En *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*, 957-974. <https://letrujil.wordpress.com/wp-content/uploads/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>

Ramírez-Carbajal, Diana. 2020. "La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas". *Estudios de Derecho* 77 (170): 227-248.

Rosas Castañeda, Juan Antonio. 2021. *Decomiso y extinción de dominio: La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Lima: Gaceta Jurídica.

San Martín Castro, César. 2020. *Derecho procesal penal: Lecciones*. Lima: Fondo Editorial INPECCP.

Talavera Elguera, Pablo. 2009. "La prueba en el nuevo proceso penal". En *Manual de derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común*. Lima: s. e.

Taruffo, Michele. 2018. "La carga como figura procesal". *Justicia y Derechos Humanos. Revista del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos* 1 (1): 237-249. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Justicia-y-Derechos-Humanos-del-Minjus-Legis.pe_.pdf

Weber, A. D. 1805. *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*. Halle.



La cosa juzgada en el proceso de la extinción de dominio

Jhanira Morales Aniceto

Resumen

En el presente trabajo se desarrolla la institución de la cosa juzgada, su marco conceptual y sus efectos en el proceso de extinción de dominio, así como su interacción con el principio de autonomía. Finalmente, se analiza el tratamiento de la cosa juzgada en las Salas de Apelaciones del Subsistema Especializado en Extinción de Dominio.

Sumario

Introducción

1. Marco conceptual: la cosa juzgada
2. Regulación de la cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio
3. Autonomía del proceso de extinción de dominio
4. Efectos de la excepción de cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio
5. La cosa juzgada en el Subsistema Especializado en Extinción de Dominio

Conclusiones

Referencias



Introducción

La extinción de dominio —herramienta de política criminal orientada a la recuperación de activos ilícitos— está regulada por el Decreto Legislativo N.º 1373, Decreto Legislativo

sobre Extinción de Dominio (en adelante la LED), y por su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS (en adelante reglamento). Ambos instrumentos contienen principios, normas regulatorias y procedimientos que estructuran el desarrollo del proceso de extinción de dominio.

La regulación de este instituto en los términos de la LED y su reglamento constituyó un avance significativo en la lucha contra los activos de origen y destino ilícitos, toda vez que dotaba al proceso de extinción de dominio de autonomía como característica esencial (García 2023, 191).

En los seis años de vigencia de la LED, el Estado peruano ha recuperado, hasta diciembre de 2024, bienes valorizados en S/ 545 924 549,95. Estos resultados positivos evidenciaron su eficacia como mecanismo de recuperación de activos ilícitos y marcaron una notable diferencia con las experiencias previas bajo los decretos legislativos 992 y 1104, que entre los años 2012 y 2018 permitieron únicamente la recuperación de S/ 24 738,29 (Coordinación Nacional del Subsistema de Extinción de Dominio del Poder Judicial y del Ministerio Público).

Esta eficacia cuantitativa, en buena medida, es el reflejo de esta autonomía, que ha sido objeto de múltiples cuestionamientos. Uno de ellos se relaciona con su interacción con el principio de cosa juzgada, debido a la tensión entre la necesidad de una recuperación eficiente de activos ilícitos y el respeto a la firmeza de las decisiones judiciales previas.

Ahora bien, la eficacia de una herramienta político-criminal como la LED —reflejada en cifras positivas— no supone *per se* su legitimación, pues esta se alcanza en concordancia con el respeto a los derechos fundamentales y los principios del Estado constitucional de derecho (Sánchez-Ostiz 2012, 14).

En este sentido, el presente artículo explora el contenido de la institución de la cosa juzgada y su interacción con la autonomía del proceso de extinción de dominio, así como su interpretación dentro del Subsistema Especializado en Extinción de Dominio.

1 Marco conceptual: la cosa juzgada

La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 139, incisos 2 y 13, la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Así, consagra dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional la prohibición para que ninguna autoridad deje sin efecto las decisiones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada e impide revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

Pero ¿qué es la cosa juzgada? En la doctrina tradicional, Couture ha definido la cosa juzgada como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Le atribuye tres efectos: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad (Couture 1958, 402).

Estos efectos también han sido desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que ha precisado su contenido:

- **Inimpugnabilidad:** Las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no pueden ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea por haberse agotado los recursos o porque han vencido los plazos para interponerlos.
- **Inmutabilidad:** Imposibilidad de alterar o dejar sin efecto el contenido de las resoluciones firmes por parte de cualquier poder público, de terceros o incluso de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó la resolución (STC. Expediente 04587-2004-AA/TC, fundamento 38).
- **Coercibilidad:** Derecho de todo ciudadano a la plena y efectiva ejecución de las resoluciones judiciales firmes en los términos en que fueron dictadas (STC. Expediente N.º 1279-2003-HC/TC, fundamento 6).

La Corte Suprema, por su parte, ha señalado que la cosa juzgada es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 13 del artículo 139 de la Constitución, cuya finalidad es evitar que procesos que ya han obtenido pronunciamiento firme puedan ser reabiertos (Recurso de Nulidad Penal N.º 1115-2020, 2022).

En suma, la cosa juzgada busca impedir que lo decidido en un proceso fenecido se desvirtúe en otro nuevo, con el fin de "preservar el juicio emitido" (Nieva 2006, 22). Esto es fundamental para la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para que se configure la cosa juzgada, deben concurrir dos aspectos fundamentales entre el proceso fenecido y el nuevo proceso. Primero, la concurrencia de la triple identidad: sujeto (*eadem personae*), objeto (*eadem res*) y causa (*eadem causa petendi*); y segundo, que la pretensión planteada en el nuevo proceso haya sido resuelta en el pronunciamiento anterior (STC. Expediente N.º 08376-2006-PA/TC, fundamento 3).

Antes de analizar la regulación de la cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio, es preciso señalar que, si bien la cosa juzgada es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales (autos de sobreseimiento o sentencias definitivas), también es posible el efecto de cosa juzgada sobre decisiones fiscales que produzcan efectos de cosa decidida (STC. Expediente N.º 2725-2008-PHC/TC, fundamento 16), esto es, decisiones fiscales que pongan fin al proceso con carácter definitivo (STC. Expediente N.º 05811-2015-PHC/TC, fundamentos 30 y 31).

2 Regulación de la cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio

En el ámbito del proceso de extinción de dominio, la primera referencia a la cosa juzgada se encuentra en el numeral 2.8 del artículo II del título preliminar de la LED, el cual exige para su configuración la concurrencia de identidad de **sujeto, objeto y fundamento**.

A su vez, el artículo 5.4 del reglamento complementa dicha definición al reconocer la cosa juzgada como un principio rector del proceso de extinción de dominio:

Artículo 5.- Principios

5.4. Principio de cosa juzgada: El requerido puede invocar que, respecto a los bienes patrimoniales que son objeto del proceso de extinción de dominio, se ha emitido en otro proceso una sentencia con calidad de cosa juzgada que debe ser reconocida dentro del proceso de extinción cuando medie identidad de sujeto, objeto y fundamento.

Se entiende por fundamento en el proceso de extinción de dominio el análisis, evaluación o investigación del origen o destino ilícito del bien.

Asimismo, el artículo 7 del reglamento lo señala como una de las excepciones —medio de defensa técnico— que se pueden invocar en el proceso:

Artículo 7.- Excepciones

7.1. Las excepciones que pueden invocarse en el proceso de extinción de dominio son las siguientes: [...]

b) Cosa juzgada, conforme a lo señalado en el inciso 5.4. del artículo 5 del presente reglamento.

A partir de ello, se puede afirmar que el reconocimiento explícito de la cosa juzgada, en la LED y su reglamento, como principio rector del proceso y como medio de defensa (excepción) armoniza con el ordenamiento jurídico nacional, en particular con el mandato constitucional.

Sin embargo, más adelante se analizará su operatividad, ya que uno de los cuestionamientos a la LED se refiere al supuesto desconocimiento de los pro-nunciamientos penales con autoridad de cosa juzgada en los procesos de extinción de dominio, debido a la autonomía e independencia de este proceso.

3 Autonomía del proceso de extinción de dominio

La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2011), en su preámbulo, establece una premisa fundamental: "La extinción de dominio constituye un instituto jurídico, autónomo e independiente de cualquier otro proceso, dirigido a eliminar el poder y capacidad de la delincuencia". En consonancia con ello, prosigue en su artículo 2 indicando que "la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de

carácter real [...], procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso".

En el ordenamiento jurídico nacional, con base en dicho modelo internacional, se implementó en 2019 la extinción de dominio —sumándola al decomiso como otra forma de recuperación de activos—. Se concibió como una herramienta de política criminal independiente y autónoma respecto de los procesos penal, civil u otro de

naturaleza jurisdiccional en los que se pudiera discutir algún aspecto relacionado con el bien materia de extinción (Herrera y Mendoza 2021, 438).

Así, la LED, en el numeral 2.3. del artículo II del título preliminar, definió la autonomía como un principio aplicable para la declaración de extinción de dominio. En congruencia, su artículo 3 reafirmó esta autonomía al establecer que el proceso de extinción de dominio es de naturaleza autónoma, de carácter real y de contenido patrimonial.

Estas características esenciales del proceso de extinción de dominio —independencia y autonomía (material y procesal)— marcaron una sustancial diferencia con su antecesora, la Ley de Pérdida de Dominio (Decreto Legislativo N.º 1104), cuyo mecanismo solamente procedía ante la ineficacia o imposibilidad de la persecución penal de los productos o instrumentos (Gálvez 2015, 105).

La finalidad de la configuración del proceso de extinción de dominio como proceso autónomo era impedir que la falta de condena en el proceso penal evitara el decomiso de bienes claramente vinculados con una actividad delictiva (García 2024, 191).

Precisamente, dicha **autonomía e independencia, sumadas al carácter real y patrimonial** del proceso de extinción de dominio, han posibilitado que aun cuando en un proceso penal se haya determinado la ausencia de responsabilidad penal del imputado —eventualmente requerido en el proceso de extinción—, en el ámbito de la extinción de dominio se pueda extinguir el dominio de los bienes al comprobarse su ilicitud en origen o destinación. Ciertamente, en el proceso de extinción de dominio el análisis se centra en la determinación de la ilicitud del bien. Por ejemplo, una sentencia penal absolutoria para el propietario de un vehículo que transportaba droga no impide la posibilidad de declarar la

extinción de dicho bien al haberse destinado para actividades ilícitas. De acuerdo con una aplicación formal de la LED, el vehículo sería instrumento de la actividad ilícita a pesar de la inocencia del propietario determinada en el proceso penal. Es preciso señalar que en estos casos es primordial analizar la diligencia del propietario.

Sin embargo, esta configuración autónoma e independiente del proceso de extinción de dominio, concebida inicialmente en la LED y su reglamento, ha sido objeto de una reciente modificación legislativa con la aprobación del Proyecto de Ley N.º 3577-2022. En este nuevo marco normativo, se concibe el proceso de extinción de dominio como autónomo e independiente, **pero sujeto a una sentencia firme y consentida o de un laudo que se emita de un proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral**, aunque se exceptúa del requisito de sentencia firme y consentida a determinadas actividades ilícitas.

Sin embargo, dicha excepción no aplica, por ejemplo, a los delitos contra la administración pública (corrupción de funcionarios), el medioambiente o el lavado de activos —actividades ilícitas graves y con capacidad de generar activos ilícitos—. En estos casos, para incoar el proceso de extinción de dominio, necesariamente se deberá esperar la emisión de una sentencia penal firme. Ante ese escenario, es recomendable introducir la solicitud de decomiso dentro del proceso penal a fin de procurar la recuperación de activos ilícitos.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno precisar que la autonomía del proceso de extinción de dominio, regulada primigeniamente en la LED y su reglamento, no implicó jamás su desvinculación absoluta del ordenamiento jurídico, el cual es único. Su implementación requería armonizar sus reglas, instituciones y principios con los fundamentos que inspiran el Estado constitucional de derecho, entre los que destacan el debido proceso, la seguridad jurídica, entre otros.

4 Efectos de la excepción de cosa juzgada en el proceso de extinción de dominio

En el proceso de extinción de dominio, de acuerdo con la LED y su reglamento, el requerido puede alegar la excepción de cosa juzgada respecto a los bienes patrimoniales objeto de la acción extintiva si se ha emitido en otro proceso previo un pronunciamiento firme que deba ser reconocido dentro del nuevo proceso. Para que proceda, se debe verificar la triple identidad: sujeto, objeto y fundamento. El fundamento del proceso de extinción no está vinculado a la causa de persecución, sino **al análisis, evaluación o investigación del origen o destino ilícito del bien**.

Así, la LED y su reglamento regulan la cosa juzgada directa derivada de una decisión firme de un juez de extinción de dominio, lo que habilita la formulación de la excepción de cosa juzgada (Jiménez 2023, 68; García 2024, 193).

Esta excepción, prevista en el artículo 7.1.b del reglamento, opera con total claridad cuando es deducida en un proceso de extinción de dominio (proceso 2) debido a que previamente se emitió una sentencia en otro proceso de extinción de dominio (proceso 1) sobre la misma pretensión y con la concurrencia de las mismas partes, objeto y fundamento.

No obstante, la discusión surge respecto de la posibilidad de deducir la excepción de cosa juzgada en un proceso de extinción de dominio cuando existe un pronunciamiento firme —revestido de autoridad de cosa juzgada— emanado de la jurisdicción penal; en buena cuenta, si se reconoce un efecto reflejo de la cosa juzgada (casación N.º 1027-2016, fundamento 2).

En este punto, resulta pertinente recordar que la acción de extinción de dominio conforme a la LED

se estructura bajo una relación triádica: a) bienes patrimoniales (artículo 8 del reglamento); b) actividad ilícita fuera de los límites de la ley o del bien común (artículo 70 de la Constitución Política del Perú y artículo I del título preliminar de la LED); y c) presupuesto de extinción (artículo 7 de la LED).

Así, la determinación de la ilicitud penal reviste interés tanto en el proceso penal —al establecer la responsabilidad penal del imputado por el ilícito penal— como en el proceso de extinción de dominio —al determinar la vinculación del ilícito penal con los bienes patrimoniales—.

En consecuencia, si el proceso penal concluye con un pronunciamiento firme que dilucida la existencia o inexistencia del ilícito penal, dicho resultado definitivamente tiene incidencia en el proceso de extinción de dominio. Así pues, si en un proceso penal, a través de un pronunciamiento firme, se niega a la actividad vinculada con el bien la calidad de un injusto penal —por atipicidad o justificación— (García 2024, 193), esto indefectiblemente producirá efectos en el proceso de extinción de dominio debido a la eficacia refleja de la cosa juzgada o cosa juzgada refleja (casación N.º 1027-2016, fundamento 2).

Sin embargo, si el pronunciamiento penal firme se sostiene en insuficiencia probatoria, *in dubio pro reo*, muerte del imputado, entre otros supuestos, es posible incoar un proceso de extinción de dominio y obtener una sentencia fundada. Aquí el trabajo de los operadores consiste en justificar por qué en cada caso concreto —pese al pronunciamiento penal firme que acredita un aspecto del presupuesto fáctico de la extinción de dominio— dicha circunstancia tiene que ser evaluada dentro de otro proceso de extinción de dominio, sin justificarse solo en el principio de autonomía

(Jiménez 2023, 72-73). Por ejemplo, si en el proceso penal se absolvió a "Y" por prueba insuficiente, pese a que el pronunciamiento haya alcanzado firmeza, es posible incoar el proceso de dominio y obtener una sentencia fundada. La razón, atendiendo a las particularidades del caso, podrá residir en que el estándar probatorio del proceso de extinción de dominio es el "balance de probabilidades" (sentencia de vista, expediente 00049-2022-0-1601-JR-ED-01, 2022), a diferencia del proceso penal, cuyo estándar probatorio exige enervar la presunción de inocencia, "la convicción más allá de toda duda razonable" (sentencia plenaria casatoria 1-2017, fundamento 21).

Adicionalmente, una consecuencia de la cosa juzgada refleja, conforme al artículo 156 del Código Procesal Penal —de aplicación supletoria a la extinción de dominio—, es la exclusión de la discusión probatoria de los hechos ya establecidos con un pronunciamiento firme (García 2024, 194). En este sentido, una vez que un proceso penal concluye con un pronunciamiento definitivo firme, los hechos allí establecidos no requieren ser probados nuevamente en el proceso de extinción de dominio (sentencia de vista, expediente 02670-2016-1826-JR-PE-04, 2019; sentencia de vista, expediente 00184-2023-0-1601-SP-ED-01/PIURA, 2024), pues estos hechos gozan de autoridad de cosa juzgada. Para tales efectos, bastará con adjuntar a la demanda una copia de la resolución

que declara la firmeza del pronunciamiento. **No se prueba lo que es objeto de cosa juzgada; en consecuencia, la resolución firme no se adjunta como medio probatorio** (Sánchez 2002, 232) **y menos aún se actúa en la etapa judicial.**

Lo expresado podría interpretarse contrario a los alcances del artículo 61 del reglamento:

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.

Al respecto, es importante precisar que dicho artículo regula la prueba trasladada. Es decir, si en el proceso de extinción de dominio se identifica un aspecto fáctico que necesita ser probado, y el medio probatorio útil, pertinente y conducente se encuentra en otro proceso, lo que corresponde es trasladar la prueba actuada en ese otro proceso previo, pero no la resolución judicial en sí. ¿Por qué no la resolución? Porque no estamos ante un pronunciamiento firme inmutable; por tanto, el juez debe formar su propia convicción personal a partir de la prueba trasladada.

5 La cosa juzgada en el Subsistema Especializado en Extinción de Dominio

La LED y su reglamento establecen que la competencia para conocer los casos de extinción de dominio recae en los jueces y fiscales especializados en esta materia. En esa línea, el 20 de marzo de 2019 el Poder Judicial creó el Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio mediante Resolución Administrativa N.º 122-2019-CE-PJ. Por su parte, el 7 de junio del mismo año, el Ministerio Público instituyó —mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N.º 062-2019-MP-FN-JFS— las Fiscalías Superiores Transitorias y las Fiscalías Provinciales Transitorias de Extinción de Dominio a nivel nacional.

El proceso de consolidación en el que se encuentra la extinción de dominio, considerando el corto tiempo transcurrido desde que entró en vigor (2019), ha dado lugar a que los operadores de justicia, en la aplicación de la LED y su reglamento, resuelvan los casos dando contenido a las

diferentes instituciones que configuran el proceso de extinción de dominio. En este apartado se revisarán cuatro resoluciones emitidas por las Salas Superiores Especializadas en Extinción de Dominio, en las que se ha abordado la cosa juzgada.

CASO 1. La Sala Superior de Apelaciones de Lima desde 2019 reconoce y aplica el efecto de cosa juzgada de una resolución judicial penal firme.

Exp. N.° 02670-2016-1826-JR-PE-04 Resolución N.° 03, de fecha 15 de mayo de 2019	
Activo	Inmueble vinculado con la actividad ilícita de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero - origen.
Sentencia penal firme	Absolvió a la imputada (requerida). No se probó judicialmente su participación en las actividades de tráfico ilícito de drogas. El bien fue considerado como un bien adquirido de forma lícita.
Fundamento de la Sala de Apelaciones	En el presente caso, [...] no se ha llegado a establecer la procedencia ilícita del bien afectado, [...] en el proceso penal que le fue instaurado fue absuelta de los cargos en su contra [...] en dicho proceso se llegó a establecer que el bien fue adquirido en forma lícita, así se extracta de los considerandos de la sentencia ejecutoriada, por ende, tiene calidad de cosa juzgada [...].
Decisión	Revocaron la sentencia apelada y la declararon IMPROCEDENTE.

CASO 2. La Sala Superior de Apelaciones de Arequipa sostiene que el pronunciamiento firme de un proceso penal no vincula al proceso de extinción de dominio, sino que solo es referencial. Además, cita el artículo 61.7 del reglamento, referido a la valoración de la prueba por el juez de extinción de dominio, equiparando un pronunciamiento firme con los fundamentos de una sentencia anterior que no goza de tal cualidad.

En este caso, consideramos que dicha interpretación del artículo 61 del reglamento es imprecisa, ya que esta regula la prueba trasladada.

La firmeza de la sentencia penal debió haber establecido la ilicitud de la actividad; sin embargo, la sala consideró que era necesario aportar pruebas para generar convicción en el juzgador. Señaló que no puede suplirse el traslado de la prueba con los fundamentos de una sentencia anterior, como si se tratara de una sentencia de primera instancia, cuando el pronunciamiento en sede penal ya gozaba de autoridad de cosa juzgada.

Exp. N.º 00059-2022-0401-SP-ED-01 Sentencia de vista N.º 47-2022, de fecha 7 de noviembre de 2022	
Activo	Vehículo instrumentalizado - robo agravado.
Sentencia penal firme	Sentencia penal condenatoria contra el conductor del vehículo instrumentalizado - persona distinta al requerido en el proceso de extinción.
Fundamento de la Sala de Apelaciones	Noveno.- [...] por si solo estas (las resoluciones del proceso penal) no resultan siendo suficientes y determinantes para el juez de extinción de dominio, al no ser vinculante¹² el razonamiento realizado por el juzgador penal sino más bien referencial, en razón del principio de autonomía e independencia que la ley [...] cuestión que guarda coherencia con lo establecido en el artículo 61 del Decreto Legislativo 1373, al señalar que: "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", atendiendo que, es el juez de extinción de dominio quien efectúa la propia valoración de hechos atribuidos según la competencia que se le ha sido asignada. ¹²Artículo 61.2. del Decreto Supremo 007-2019-JUS, que establece: "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 [...]"
Decisión	Declara NULA la sentencia de primera instancia, que declaraba FUNDADA la demanda de extinción de dominio. Se ordena al juez de extinción emitir nueva sentencia.

CASO 3. La Sala Superior de Apelaciones de La Libertad en esta resolución considera que el pronunciamiento firme del proceso penal que determinó la existencia del delito de "colusión" no es objeto de debate dentro del proceso de extinción de dominio, precisamente por haber sido revestido de autoridad de cosa juzgada; por tanto, ya no es necesario probar dentro del proceso de extinción la actividad ilícita. Consideramos que este criterio de la sala es adecuado: lo que es objeto de cosa juzgada, no es objeto de prueba (artículo 156 del Código Procesal Penal).

Exp. N.º 00184-2023-0-1601-SP-ED-01/PIURA Resolución N.º 08, de fecha 12 de enero de 2024	
Activo	S/1933 540,23 (dinero) vinculado con la actividad ilícita de colusión - efecto.
Sentencia penal firme	Sentencia penal condenatoria por el delito de colusión.
Fundamento de la Sala de Apelaciones	22. [...] La A Quo no ha efectuado ninguna interpretación extensiva de las decisiones jurisdiccionales en sede penal, pues se ha limitado a verificar si la actividad ilícita de colusión —cuya ocurrencia no es objeto de debate al haber obtenido la calidad de cosa juzgada— ha ocasionado, como efecto, un bien patrimonial pasible de ser extinguido, al proceder de tal actividad ilícita.
Decisión	Confirma la sentencia de primera instancia que declaró FUNDADA la extinción de dominio.

CASO 4. La Sala Superior de Apelaciones de Arequipa, al analizar el caso, inicialmente reafirma la autonomía del proceso de extinción de dominio respecto al pronunciamiento penal firme (cosa decidida), precisando que la decisión arribada en sede penal no lo vincula. Sin embargo, procede a examinar la concurrencia de las tres identidades propias de la cosa juzgada y, concluye que estas se presentan en el caso. Esta acción genera ambigüedad, sugiriendo una posible inclinación a reconocer el efecto de cosa juzgada del pronunciamiento penal firme.

No obstante, la Sala evalúa la validez del análisis fiscal que llevó al archivo del caso penal, labor que podría interpretarse como una extralimitación de sus funciones judiciales. El archivo en sede penal se sustentó en que el dinero no provenía de una actividad ilícita.

Luego, revisa si en el proceso de extinción se aportaron nuevas pruebas que puedan desvirtuar las conclusiones del fiscal penal y concluye que no las hubo. Por tanto, mantiene la "cosa decidida" del proceso penal, que establece el origen lícito del dinero.

Expediente N.º 00036-2024-0-0401-SP-ED-01 Resolución N.º 31-2025, de fecha 20 de enero de 2025	
Activo	Dinero CLP 1 063 000 (Un millón sesenta y tres mil pesos chilenos) y USD 20 200 00 (Veinte mil doscientos con 00/100 dólares americanos)
Pronunciamiento penal firme	Disposición fiscal de archivo por el delito de lavado de activos a favor de la requerida; se determinó la licitud del dinero.
Fundamentos de la Sala de Apelaciones	Concluye que, bajo el análisis realizado, y no habiéndose evaluado ninguna otra prueba por parte de la jueza de extinción de dominio que pudiera desvirtuar las conclusiones del fiscal penal, el pronunciamiento respecto a la actividad ilícita y al origen del dinero queda inalterable (cosa decidida); puesto que resulta altamente probable que el dinero hallado tenga sustento en una actividad económica lícita.
Decisión	Declara FUNDADO el recurso de apelación y REVOCA la resolución, declarando INFUNDADA la demanda de extinción de dominio.

Las Salas de Apelaciones de Lima y La Libertad mantienen un criterio uniforme al considerar los efectos de un pronunciamiento penal firme dentro del proceso de extinción de dominio. Por su parte, la Sala de Apelaciones de Arequipa sostiene su postura respecto a la autonomía del proceso de extinción de dominio como una limitación para configurar la cosa juzgada, sin adherirse al criterio de sus pares.

Conclusiones

- La LED y su reglamento constituyen herramientas eficaces para la recuperación de activos ilícitos en nuestro país; sin embargo, su contenido debe ser interpretado conforme a los principios que inspiran el Estado constitucional de derecho.
- Tanto la LED como su reglamento reconocen la institución de la cosa juzgada; no obstante, su aplicación en relación con procesos penales ha generado debate debido a la autonomía del proceso de extinción de dominio.
- La cosa juzgada es un principio fundamental del debido proceso, emana de la Constitución y garantiza la seguridad jurídica. Su configuración requiere la triple identidad (sujeto, objeto y fundamento) y que en el proceso fenecido se haya resuelto la pretensión invocada en el nuevo proceso.
- La autonomía del proceso de extinción de dominio no implica desconocer el contenido de los pronunciamientos penales firmes (efecto reflejo de la cosa juzgada); hacerlo afectaría la seguridad jurídica y los principios básicos del debido proceso.
- Lo que constituye cosa juzgada no es objeto de prueba y, por tanto, no requiere acreditación. El artículo 61 del reglamento de la LED regula la prueba trasladada y, cuando se refiere a los fundamentos de una sentencia anterior, alude a una resolución que no ha adquirido firmeza.
- A nivel del Subsistema Especializado en Extinción de Dominio, la jurisprudencia no es uniforme respecto de los efectos de un pronunciamiento penal firme en el proceso de extinción de dominio.

Referencias

- Aguirre Naupari, Luis. 2023. *Análisis de la Ley de Extinción de Dominio*. Lima: Grijley.
- Couture, Eduardo. 1958. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Roque Depalma Editor.
- García Caverro, Percy. 2023. "Los bienes susceptibles de extinción de dominio". *Gaceta Penal & Procesal Penal*.
- Herrera Guerrero, Mercedes. 2019. "La extinción de dominio conforme al D. Leg. N.º 1373". *Actualidad Penal*.
- Herrera Guerrero, Mercedes, y Fidel Mendoza Llamapponcca. 2021. "Principios y garantías del proceso de extinción de dominio en el Perú". En *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica*, editado por Julio Hurtado Pozo. Lima: Instituto Pacífico.
- Jiménez Niño, Sergio. 2023. "La autonomía del proceso de extinción de dominio y su relación con la cosa juzgada". En *La extinción de dominio*. Lima: Procuraduría General del Estado.
- Ministerio Público del Perú - Fiscalía de la Nación. 2023. Compendio de Jurisprudencia de Extinción de Dominio 2021-2022. Lima: Ministerio Público del Perú. <https://www.gfpsubnacional.pe/publicacion/compendio-de-jurisprudencia-de-extincion-de-dominio/>
- Nieva Fenoll, Jordi. 2006. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.
- Nieva Fenoll, Jordi. 2016. "La cosa juzgada: el fin de un mito". *Revista Peruana de Derecho Constitucional* 9: 113-134. <https://revista.tc.gob.pe/index.php/revista/article/view/227>
- Rosas Castañeda, Juan. 2021. *Decomiso y extinción de dominio*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sánchez Mercado, Miguel. 2022. "Extinción de dominio: Principio de autonomía y cosa juzgada". En *La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio*. Lima: Grijley.
- Sánchez-Ostiz, Pablo. 2012. *Fundamentos de política criminal: Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad Penal N.º 1115-2020.

Corte Suprema de Justicia. Casación N.º 1027-2016.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017.

Corte Superior de Justicia de La Libertad.
Expediente N.º 00049-2022-0-1601-JR-ED-01, Resolución N.º 05.

Corte Superior de Justicia de Lima.
Expediente N.º 02670-2016-1826-JR-PE-04, Resolución N.º 03.

Corte Superior de Justicia de La Libertad.
Expediente N.º 00184-2023-0-1601-SP-ED-01/PIURA, Resolución N.º 08.

Tribunal Constitucional. Sentencia, expediente N.º 04587-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia, expediente N.º 1279-2003-HC/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia, expediente N.º 08376-2006-PA/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia, expediente N.º 2725-2008-PHC/TC.

Tribunal Constitucional. Sentencia, expediente N.º 05811-2015-PHC/TC.



Principio de prevalencia: una mirada crítica

Walther Javier Delgado Tovar

Resumen

El presente trabajo aborda el principio de prevalencia regulado en la Ley de Extinción de Dominio y su reglamento, mediante una lectura crítica desde los principios de interpretación de la norma jurídica, especialmente los de unidad, jerarquía y coherencia del ordenamiento jurídico. Además, propone que su interpretación y aplicación práctica se orienten al cumplimiento de criterios de eficiencia y eficacia.

Sumario

Introducción

1. Ordenamiento jurídico
 - 1.1. Principio de coherencia normativa
 - 1.2. Antinomias
 - 1.2.1 Jerarquía
 - 1.2.2 Especialidad
 - 1.2.3. Temporalidad
2. ¿Es la extinción de dominio prevalente frente al decomiso penal?
3. Prevalencia de las medidas cautelares en extinción de dominio

Conclusiones

Referencias



Introducción

La extinción de dominio es una herramienta legítima de política criminal orientada a luchar de una forma más eficiente contra la criminalidad, debilitando sus fuentes de financiamiento y sus posibles ganancias delictivas. Sin duda alguna, el enfrentamiento de delitos graves³⁹ puede implicar

la adopción de medidas que limitan ciertos derechos fundamentales. En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha subrayado en repetidas ocasiones que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar los problemas que afectan al interés público y que requieren medidas de control, así como la forma adecuada de aplicar dichas medidas⁴⁰.

El TEDH ha precisado también que una legítima limitación del derecho de propiedad debe cumplir con tres principios básicos: i) legalidad: la injerencia debe estar prescrita por la ley; ii) interés público: la norma de decomiso sin condena debe perseguir la protección de un interés general, de acuerdo con su concreta situación político-criminal⁴¹, por ejemplo, la lucha contra la criminalidad organizada⁴²; iii) proporcionalidad: aplicación proporcional de la consecuencia jurídica⁴³.

En términos generales, la Ley de Extinción de Dominio en el ámbito nacional se ajusta a los estándares internacionales y es compatible con la protección de los derechos fundamentales. Obviamente, algunos aspectos en su

³⁹ En este sentido, no parece lógico pretender la aplicación de la extinción de dominio (decomiso sin condena) a ilícitos administrativos, como lo hace cierto sector de la doctrina y jurisprudencia nacional.

⁴⁰ *Arcuri and others v. Italy*, application N.º 52024/99, 5 de julio de 2001; *Silickiene v. Lithuania*, application N.º 20496/02, 10 de abril de 2012, párrafo 63.

⁴¹ *James and others v. United Kingdom*, application N.º 8792/79, 21 de febrero de 1986, párrafo 46. En esta sentencia el TEDH ha señalado que:
Debido a su conocimiento directo de la sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales están, en principio, mejor posicionadas que el juez internacional para apreciar lo que constituye 'interés público'. En virtud del sistema de protección establecido por el Convenio, corresponde a las autoridades nacionales realizar la evaluación inicial tanto de la existencia de un problema de interés público que justifique medidas de privación de la propiedad como de las medidas correctivas que deben adoptarse.

⁴² Así, en la sentencia del caso *Raimondo v. Italy*, 22 de febrero de 1994, ha indicado:

El Tribunal no desconoce las dificultades a que se enfrenta el Estado italiano en la lucha contra la mafia. Destinada a bloquear los movimientos de capitales sospechosos, la confiscación constituye un arma eficaz y necesaria para combatir esa plaga. Se muestra, pues, proporcionada a la finalidad buscada

⁴³ En muchos casos, el TEDH ha declarado que el decomiso de bienes adquiridos por una persona a través de delitos cometidos por ella (productos del delito) es proporcional. También ha aplicado un criterio de proporcionalidad menos riguroso tratándose de medidas de decomiso que forman parte de una estrategia de política criminal contra delitos graves como la corrupción. Véase, *Gogitidze and others v. Georgia* (2015), 12 de mayo de 2015, párrafos 108 y 114. En otros casos, excepcionales, el TEDH calificó de desproporcional el decomiso, tratándose de bienes de origen lícito; así, en *Ismayilov v. Rusia*, application N.º 30352/03, 6 de noviembre de 2008.

interpretación y aplicación podrían mejorarse para evitar cuestionamientos a su legitimidad o, peor aún, que puedan —como se pretende ahora— vaciarla de contenido mediante modificaciones legislativas.

En el presente artículo, abordaremos el principio de prevalencia regulado en la séptima disposición complementaria final del Decreto Legislativo N.º 1373, Ley de Extinción de Dominio (en adelante, la ley), la que prevé que las disposiciones contenidas en el citado decreto legislativo se interpretan de forma armónica con el ordenamiento jurídico, siempre que ello sea compatible con su naturaleza, y prevalecen sobre las contenidas en cualquier otra ley⁴⁴.

A su vez, el numeral 8 del artículo 5 del reglamento de la Ley de Extinción de Dominio⁴⁵ (en adelante, el reglamento) refuerza dicho principio previendo que las normas que regulan el proceso de extinción de dominio prevalecen sobre cualquier disposición prevista en otras normas, incluyendo el Código Procesal Penal, el Código Procesal Civil o normas administrativas, y que este principio será utilizado como fundamento de interpretación.

Sin embargo, la interpretación de estas normas, a efectos de su validez, debe realizarse a la luz de los principios de supremacía de la Constitución, así como de unidad y coherencia normativa en su relación con otras normas del ordenamiento jurídico. Evidentemente, todo pasa por el respeto de los derechos fundamentales, como el de propiedad, especialmente cuando la extinción de dominio se dirige contra bienes de origen lícito⁴⁶, por ejemplo, los bienes de propiedad de terceros no partícipes en el delito, los instrumentos del delito y los bienes sustitutos.

En ese sentido, no bastará la simple referencia al principio de prevalencia previsto en el reglamento, regulado en un decreto supremo, el que por principio de jerarquía no podría ser aplicable en caso de antinomia con una norma de superior jerarquía⁴⁷.

Parece ser que la razón de ser de la regulación del principio de prevalencia es el paradigma penal-civil del decomiso sin condena (extinción de dominio). Así, nuestra legislación y parte de la legislación comparada⁴⁸ han regulado este principio como forma de desvincularse de la perspectiva penal y evitar la exigencia de aplicación de algunas de las garantías que son exigibles solo en el marco de un proceso penal. Sin duda, es correcto diferenciar las garantías aplicables en un proceso *in personam* de un proceso *in rem*, lo que no pareciera serlo es imponer la prevalencia de una norma sobre otra de igual jerarquía, sin mayor fundamento.

En este artículo proponemos una interpretación de la citada prevalencia, asentándola en la aplicación del principio de especialidad. En este sentido, planteamos que el análisis de la naturaleza jurídica de la institución es lo que debe inspirar su interpretación o negar la aplicación de determinados supuestos.

Dados los límites de una investigación como esta, nos centraremos solo en analizar la alegada prevalencia de la extinción de dominio frente al decomiso penal, así como la prevalencia predicada respecto a las medidas cautelares adoptadas en el marco de dicho proceso.

⁴⁴ El artículo 2.2. del título preliminar de la Ley de Extinción de Dominio indica: "Especialidad: los vacíos y ambigüedades que pudiera presentar este decreto legislativo en su interpretación o aplicación, se resuelven según la propia naturaleza y principios del proceso que regula".

⁴⁵ Decreto Supremo N.º 07-2019-JUS.

⁴⁶ Tratándose de los efectos o ganancias del delito, no se puede sostener que el afectado con la medida tenga un derecho de propiedad sobre dichos bienes.

⁴⁷ Recordemos que el reglamento contiene algunos mandatos normativos no previstos en la ley.

⁴⁸ El artículo 81 de la Ley sobre Privación Definitiva del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, de Honduras, y el artículo 3 de la Ley de Extinción de Dominio, de Guatemala.

1 Ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico es el conjunto sistemático de normas aplicables en un lugar y espacio determinado. Se caracteriza, entre otros aspectos, por su carácter unitario, en tanto está constituido por normas de diferente jerarquía que convergen en la norma fundamental. Así, el artículo 51 de la Constitución, que consagra el principio de supremacía constitucional, establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal⁴⁹; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. El numeral 4 del artículo 200 de la Constitución precisa las normas que tienen rango de ley: i) leyes, ii) decretos legislativos, iii) decretos de urgencia, iv) tratados, v) reglamentos del Congreso, vi) normas regionales de carácter general y vii) ordenanzas municipales.

El carácter sistémico y coherente del ordenamiento jurídico se expresa en el grado de compatibilidad entre sí de las normas que lo integran. Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal⁵⁰.

1.1 Principio de coherencia normativa

Un ordenamiento jurídico presupone una relación armónica de las normas que lo integran, dada su característica de plenitud y unidad. Esto implica que no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico que prevean soluciones contradictorias a otros, o que se perciban como islas. Por ende, todas las normas, independientemente de la fuente productora, deben estar en coherencia no solo con la norma fundamental, sino también entre ellas.

En puridad, una norma jurídica solo adquiere sentido de tal por su adscripción a un orden. Cada norma está condicionada sistemáticamente por otras⁵¹.

Ello es así por la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica y lógica entre los deberes y derechos asignados, además de las competencias y responsabilidades establecidas en el plano genérico de las normas de un orden jurídico⁵².

1.2 Antinomias

En el plano fáctico, es posible que dos normas que pertenecen al mismo orden jurídico y con igual jerarquía normativa resuelvan una misma situación de forma contradictoria o incompatible entre sí, lo que se denomina antinomia.

Conscientes de esta situación, en el ordenamiento jurídico existen principios que sirven para resolver estas antinomias: jerarquía, especialidad y temporalidad.

1.2.1 Jerarquía

La jerarquía establece que la norma de rango superior prima sobre la de rango inferior. En la cúspide de esta pirámide se encuentra la Constitución. La jerarquización implica que de ningún modo la norma de rango inferior (por ejemplo, un decreto supremo) puede oponerse a la de rango superior (ley).

La norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez; y, además, obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido creada por el órgano

⁴⁹ "La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigor, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad". STC recaída en el expediente 014-2003-AI/TC, del 10 de diciembre de 2003, fundamento jurídico 2, párrafo 4.

⁵⁰ STC recaída en el expediente 05-2003-AI/TC, del 3 de octubre de 2003, fundamento jurídico 3.

⁵¹ STC recaída en el expediente 47-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, fundamento jurídico 47.

⁵² STC recaída en el expediente 05-2003-AI/TC, fundamento jurídico 4.

competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior⁵³.

1.2.2 Especialidad

Según este principio, la norma especial prima respecto a la norma general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de una situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico⁵⁴.

1.2.3 Temporalidad

Con base en el artículo 103 de la Constitución y el artículo I del título preliminar del Código Civil, si concurren dos normas que se reputan contradictorias entre sí, será de aplicación la norma posterior en el tiempo. La derogación de la anterior se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por la nueva norma.

2 ¿Es la extinción de dominio prevalente frente al decomiso penal?

Como señalamos en la parte introductoria de este artículo, la razón de la regulación del principio de prevalencia aparentemente responde a la necesidad de imponer su aplicación frente al decomiso penal⁵⁵, así como evitar, legislativamente, las críticas de quienes exigen la aplicación de las garantías que son propias del derecho penal (irretroactividad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, etc.)⁵⁶ en los procesos de extinción de dominio.

Para afirmar la prevalencia de la extinción de dominio sobre el decomiso penal, se acude no solo a la séptima disposición complementaria final de la ley y al numeral 8 del artículo 5 del reglamento, sino también al propio artículo 102 del Código Penal, el cual prevé que "el juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso", lo cual parece

afirmar su carácter residual y por ende la prevalencia de la extinción de dominio.

La previsión legal antes citada fue incorporada en el catálogo penal con el Decreto Legislativo N.º 982, publicado el 22 de julio de 2007, que modificó el artículo 102 Código Penal previendo: "El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado así como los efectos, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello"⁵⁷. Esta modificatoria se dio en la misma fecha de la publicación del Decreto Legislativo N.º 992, que reguló el proceso de pérdida de dominio, el que posibilitaba el proceso especial, entre otros, cuando no se hubiese tomado sobre los activos una decisión definitiva o se hubiese archivado el

⁵³ STC recaída en el expediente 05-2003-AI/TC, fundamento jurídico 5.

⁵⁴ STC recaída en el expediente 47-2004-AI/TC, fundamento jurídico 54.

⁵⁵ Salazar señala:

La Ley de Extinción de Dominio, por ser una ley que regula específicamente la materia, se aplicará de preferencia, por ejemplo respecto del decomiso penal que regula también lo referente a bienes objeto o instrumentos de un delito, siempre que los bienes sobre los que se debe iniciar la acción de extinción de dominio se deriven de una de las actividades ilícitas contempladas en la ley de la materia, guardando este principio congruencia con el principio de prevalencia de la ley especial sobre la general. (Rosas Castañeda 2021, 295)

⁵⁶ "El propósito del legislador es no tornar el proceso de extinción de dominio en uno penal, donde prime la determinación de la responsabilidad penal del titular del bien, sino la determinación de la vinculación de los bienes con las actividades ilícitas contenidas en la ley" (Rosas Castañeda 2021, 301)

⁵⁷ El subrayado es nuestro.

proceso penal por cualquier causa sin haberse desvirtuado la obtención ilícita de aquellos, prescindiendo de la responsabilidad penal.

Posteriormente, el artículo 102 del Código Penal fue modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, previendo: "El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo N.º 1104, resuelve el decomiso". Como se sabe, el proceso de pérdida de dominio regulado por el Decreto Legislativo N.º 1104⁵⁸ no era un proceso autónomo, sino más bien residual, y operaba ante la imposibilidad de lograr el decomiso en el proceso penal; por lo tanto, a pesar de lo señalado en el artículo 102 del Código Penal, era imposible interpretar la prevalencia del proceso de pérdida de dominio frente al decomiso penal.

Más adelante, el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1351 también modificó el artículo 102 del Código Penal, pero mantuvo la referencia a que el juez ordena el decomiso siempre que no proceda el proceso de pérdida de dominio. Finalmente, la tercera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1373 modificó nuevamente el artículo 102 del Código Penal previendo que el juez resuelve el decomiso siempre que no proceda el proceso de extinción de dominio.

Como se advierte, esta referencia a la prevalencia se ha previsto no solo en relación con el proceso autónomo de extinción de dominio, sino también —de forma incongruente— con el proceso residual de extinción de dominio⁵⁹.

Ahora bien, si aceptamos que las normas antes citadas decretan la prevalencia de la extinción de dominio frente al decomiso penal, la pregunta sería: ¿cuándo se aplicaría el decomiso? Desde esa perspectiva, parecería que nunca, ya que al ser el ámbito de aplicación de la extinción de dominio todo bien que tiene relación o se deriva no solo de las actividades ilícitas taxativamente prescritas en

el artículo I de la ley, sino también de cualquier otra con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito, o actividades vinculadas con la criminalidad organizada, todo estaría abarcado por la extinción de dominio.

Siendo esto así, cabe preguntarse si acaso fue la intención del legislador derogar el decomiso penal. Si así fuera, no lo habría mantenido, pues, como se ha señalado, la propia norma de extinción de dominio modificó el artículo 102 del Código Penal para incluir la prevalencia, pero sin derogararlo.

La situación antes descrita se complica aún más, dado que el artículo 44 de la ley prevé una amenaza de responsabilidad administrativa y penal para todo funcionario público que, en el ejercicio de su cargo o de sus funciones específicas, tenga conocimiento de la existencia de bienes que podrían ser objeto de demanda de extinción de dominio y no lo haya informado⁶⁰.

Inicialmente, pareciera que este mandato normativo se dirige a todos los funcionarios públicos, excepto a los fiscales que, en el marco de una investigación penal a su cargo, identifiquen y aseguren bienes con la finalidad de ejercitar la pretensión de decomiso. Sin embargo, la propia Fiscalía de la Nación emitió la Resolución N.º 1334-2019-MP-FN, la que en su artículo cuadragésimo primero dispuso que los fiscales provinciales penales del país que hayan identificado, en sus casos penales en trámite, bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, deberán informarlo en el plazo de quince días a la Fiscalía Transitoria de Extinción de Dominio cuya competencia territorial se extienda al distrito fiscal al que pertenecen, según las competencias de las Fiscalías creadas en la citada resolución; con excepción de aquellos casos que se adecúen al artículo N.º 10.3. del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, los cuales deben informarlos a las Fiscalías Provinciales Transitorias de Extinción de Dominio de Lima.

⁵⁸ Publicado el 19 de abril de 2012.

⁵⁹ En tanto dependía de que el proceso penal no pueda continuar o iniciarse; o que no sea posible el decomiso penal, puesto que en el proceso penal ha concluido sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los bienes; o estos se descubrieren con posterioridad a la etapa intermedia, o luego de concluida la etapa de instrucción, o después de haber concluido el proceso penal.

⁶⁰ Esta norma fue complementada con el artículo N.º 17.4 del reglamento.

Esta situación resulta problemática, pues se han presentado varios casos de conflicto entre los fiscales penales o especializados en materias distintas a las de extinción y los fiscales de extinción de dominio, ya sea por la ejecución de medidas cautelares, por el ejercicio de la pretensión para la aplicación de la consecuencia jurídica (decomiso o extinción de dominio) o el trámite de un pedido de cooperación judicial inter-nacional.

Por ello, corresponde encontrar algunos argumentos que permitan superar esta antinomia y dotar de eficiencia a ambas figuras jurídicas (decomiso penal y extinción de dominio). La amenaza de sanción penal o administrativa no parece ser la respuesta; tampoco es válida la mera imposición de la norma sin reflexión alguna. La clave radica en la interpretación de esta norma en armonía con la supremacía constitucional, el respeto de los derechos humanos y los principios de unidad y coherencia normativa.

El Código Penal y el Decreto Legislativo N.º 1373 tienen rango de ley y, por lo tanto, la misma jerarquía normativa. En cuanto a la temporalidad, el artículo 102 del Código Penal, que regula el decomiso penal, fue modificado en la misma fecha por la propia Ley de Extinción de Dominio. Si bien, como hemos señalado, se incorporó una cláusula de prevalencia ("siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio"), no fue la intención del legislador su derogación tácita, pues mantuvo su articulado. En consecuencia, parece que la solución se encuentra en la aplicación del principio de especialidad⁶¹.

En la doctrina nacional se ha sostenido que la prevalencia se refiere a que la materia que la Ley de Extinción de Dominio regula es específica porque reglamenta de manera contundente y especial lo concerniente a los bienes de origen, producto, efecto, medio, instrumento de actividades ilícitas, lo que significa que, si existen otras leyes o disposiciones que regulen lo concerniente a bienes de

procedencia ilícita, prevalece sobre estas la Ley de Extinción de Dominio (Aguirre Naupari 2023, 77). Sin embargo, este fundamento pareciera no ser el más sólido, pues el artículo 102 del Código Penal también prevé de manera específica y expresa la aplicación de una consecuencia jurídica a los bienes de origen o destino ilícitos, así como los bienes sustitutos.

Consideramos que la referencia a la especialidad consiste en identificar la naturaleza de cada institución. Si bien el artículo 3 de la ley prevé que el proceso de extinción de dominio es autónomo, de carácter patrimonial y de contenido real, esta norma genera confusiones, puesto que hace referencia a la naturaleza del proceso no de la institución jurídica como tal. Sus aspectos patrimonial y real solo aluden a algunas características sobre su naturaleza, pero no la definen en sí⁶². La definición de su naturaleza jurídica permitirá comprender su esencia, su fundamento, su finalidad y cómo se relaciona con las otras instituciones del ordenamiento jurídico al que pertenece.

En la doctrina comparada se sostiene que el decomiso sin condena tiene una naturaleza reparadora, ya que pretende simplemente retornar una situación ilegal, provocada por un acto delictivo, a su estado anterior a la comisión del delito: restablecimiento del *statu quo ex ante* (Rui y Sieber, 2015). Esto explica su carácter real y patrimonial, en virtud del cual se persiguen los bienes por cuestionarse su licitud; por tanto, el decomiso sin condena regulado por nuestra ley no tendría un carácter sancionatorio. Como se sabe, la sanción implica la imposición de un efecto negativo a quien comete un acto prohibido por el ordenamiento jurídico. En cambio, en la extinción de dominio de los productos del delito (efectos y ganancias) lo que se cuestiona es el origen ilícito de los activos, respecto a los cuales no se puede reconocer ni proteger derecho real alguno a quien los detenta, por haberlos adquirido como producto de una actividad delictiva. Después de

⁶¹ El artículo 2.2 de la ley regula este principio, previendo que los vacíos y ambigüedades que se pudieran presentar en su interpretación y aplicación, se resuelven según su propia naturaleza.

⁶² Herrera y Mendoza señalan que la extinción de dominio tiene naturaleza mixta sui generis, que presenta característica del proceso civil y del proceso penal, sin llegar a identificarse plenamente con alguna de estas (2021, 437).

un proceso con-tradictorio, los bienes pasan a la titularidad del Estado en virtud de una sentencia judicial, restableciéndose la situación que existía antes de que se cometiera el delito que generó los productos.

En este sentido, el análisis del principio de especialidad —y con ello el de prevalencia— implica determinar si es una medida de naturaleza reparadora, lo que posibilitaría la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio; o si, por el contrario, la medida tiene alguna naturaleza sancionatoria o *in personam*, en cuyo caso se aplicaría la norma de decomiso penal⁶³ y no la extinción de dominio.

Poniendo en práctica lo antes señalado, cabe preguntarse, por ejemplo, ante un caso de bienes sustitutos (valor equivalente) tramitado a la vez en un proceso de extinción de dominio y en uno de decomiso penal, ¿cuál de los dos debe prevalecer?

En la casuística nacional se cuenta con decisiones sobre la extinción de dominio de bienes por valor equivalente en las que se alega su supuesta regulación en la ley de la materia. Sin embargo, como hemos sostenido antes (Delgado Tovar 2024, 51-62), esta forma de decomiso tiene como finalidad lograr que los beneficios que el infractor ha obtenido como consecuencia de la actividad delictiva se vean afectados mediante una medida que afecta su patrimonio lícito, al privarlo de un

bien con valor equivalente; la naturaleza de la medida adoptada no es solo de carácter compensatoria, sino también sancionatoria⁶⁴. Su naturaleza aflictiva se deriva de que la medida recae sobre un derecho del infractor; esto es, la propiedad sobre bienes de origen lícito (sin vinculación alguna con la actividad criminal que generó los bienes sustituidos) y su capacidad de disposición económica. Además, porque el fundamento para la afectación de estos bienes incluye un componente subjetivo y conductual.

Siendo esto así, en aplicación del principio de especialidad, el decomiso por valor equivalente sería aplicable solo en materia penal y no vía la extinción de dominio⁶⁵, por tener una naturaleza distinta de la naturaleza reparadora (*in rem* y patrimonial) que predica la ley.

Ahora bien, en el caso de los productos del delito y su extinción de dominio, podría sostenerse la prevalencia de este mecanismo; sin embargo, cabe preguntarse si no habría sido más adecuado posibilitar que el fiscal decida, en atención a determinados criterios —además de la naturaleza—, si es más eficiente recurrir al decomiso penal en lugar de la extinción de dominio⁶⁶.

Por ejemplo, consideramos que sería más eficiente recurrir al decomiso penal en los siguientes supuestos:

⁶³ No negamos la posibilidad de que algunas formas de extinción de dominio puedan tener naturaleza punitiva; sin embargo, habría que sincerar no solo el discurso, sino también la norma, previendo esta naturaleza y ajustando su aplicación al respeto de determinadas garantías, por ejemplo, la aplicación de la proporcionalidad.

⁶⁴ El TEDH en el asunto Engels versus Países Bajos ha desarrollado la denominada doctrina antisubversiva o criterios Engels, en la que se establecen criterios para determinar si una medida representa una sanción en el sentido penal del término, independientemente de la autocalificación legal que utilice la norma, por ejemplo, autodenominarse como un modelo de decomiso civil. Estos criterios son los siguientes: i) autodefinición de la ley, aun cuando es solo un punto de partida y no tiene más que un valor formal y relativo, ii) naturaleza misma de la medida, iii) el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado (Engels and others v. The Netherlands, sentencia del 8 de junio de 1976, párr. 82). Para mayores referencias a la jurisprudencia del TEDH que desarrolla estos criterios véase, Guía de buenas prácticas sobre extinción de dominio y decomiso no basado en condena. Experiencia regional con los países del GAFILAT. 2024, pp. 31-32.

⁶⁵ Además de que no existe base legal en la Ley de Extinción de Dominio para su aplicación en ese proceso especial.

⁶⁶ Salvando las diferencias con el sistema norteamericano, que responde a un modelo distinto, en dicho sistema existen tres tipos de decomiso (administrativo, penal y civil). El primero se aplica en los casos en que no existe oposición de parte del afectado con una medida de incautación; de otro lado, el fiscal federal puede decidir tácticamente si se continúa con el decomiso penal o el decomiso civil, o incluso iniciar ambas vías. Esta decisión pasa por una evaluación estratégica de la naturaleza, ventajas y desventajas de usar una u otra vía. Por ejemplo, entre otras, en el decomiso civil (aun cuando la expresión civil no se aplica en el mismo contexto que en nuestro sistema) no es necesario que el propietario o persona alguna sea condenada por el delito, por lo que es una herramienta eficiente cuando se busca decomisar un bien de propiedad de personas fugitivas o fallecidas, o cuando la propiedad estuvo implicada en un delito, pero no se puede probar quién es el infractor; sin embargo, una desventaja es que, si los bienes se incautan, el Gobierno debe presentar la demanda en un plazo perentorio a partir de la presentación de cualquier impugnación al decomiso administrativo. De otro lado, el decomiso penal tiene como ventaja que el tribunal puede ordenar el decomiso de bienes sustitutorios. Tampoco habría plazos perentorios para presentar una acusación tras la incautación del bien (Cassella 2012, 17-25; Cassella 2015, 13-30).

- La aplicación de derecho penal premial y justicia consensuada, como en los casos de colaboración eficaz o terminación anticipada. Si el fiscal negocia la conclusión de un caso mediante la aceptación de cargos del imputado y una pena consensuada, se encontrará en mejores condiciones para incluir en el acuerdo el decomiso de los bienes de origen ilícito o destino ilícito⁶⁷. Obviamente, esto implica desterrar prácticas erradas —además de ilegales— como pretender acordar el pago de la reparación civil con el dinero de origen delictivo. Además, esta opción conlleva también dejar de lado algunos criterios según los cuales se decide no incorporar el decomiso en la terminación anticipada para facilitar que el imputado se acoja a dicho mecanismo rápidamente y con ello reducir la carga procesal⁶⁸.
- Mecanismos de aceleración del proceso. Por ejemplo, cuando se formula una acusación directa o en los procesos inmediatos, debería incorporarse la pretensión de decomiso en lugar de remitir copias al Subsistema de Extinción de Dominio, pues se supone que en el proceso penal ya se cuenta con la información necesaria para sustentar esta pretensión, además de que el juicio oral empezará mucho antes de que concluya la indagación patrimonial en un eventual proceso de extinción de dominio.
- Otros criterios de eficiencia, por ejemplo, atendiendo a los plazos de investigación, la complejidad del caso o los recursos humanos disponibles, etc. No debemos olvidar que la criminalidad de nuestros tiempos exige del fiscal la adquisición de nuevas competencias y el empleo de todas las herramientas previstas por el ordenamiento jurídico. En esta línea, la norma procesal penal lo faculta para ejercitar, además de la pretensión punitiva, otras pretensiones para enfrentar de forma más eficiente el fenómeno criminal, como la pretensión de decomiso, la pretensión de nulidad de acto jurídico, la pretensión de medidas contra las personas jurídicas, etc. (Gálvez y Delgado, 2013). Incluso un criterio por valorar es la carga procesal, pues si el Subsistema de Extinción de Dominio asumiera todos los casos de recuperación de activos, en el transcurso de algunos años colapsaría, tornándose insostenible.

De otro lado, estimamos que es posible acordar beneficios por colaboración en materia de decomiso⁶⁹. Por ejemplo, si se piensa en el caso de un funcionario que ha recibido sumas de dinero a cambio de realizar actos en contra de sus obligaciones, las que se encuentran depositadas en un paraíso fiscal; pero, su colaboración permite a la Fiscalía no solo identificar la cuenta bancaria, sino sobre todo recuperar los fondos sin necesidad de engorrosos trámites de cooperación judicial internacional. Sin duda, para evitar cuestionamientos, sería adecuada una modificación de *lege ferenda*.

⁶⁷ De hecho, este mecanismo será más eficiente a que el fiscal del Subsistema de Extinción de Dominio inicie una indagación patrimonial para luego incoar la acción, implicando esto una alta inversión de recursos estatales. Por lástima, en el escenario nacional se han presentado casos en los que el fiscal del caso penal ha negociado un acuerdo de colaboración eficaz y luego un fiscal especializado en extinción de dominio inicia una indagación patrimonial respecto a un activo (por ejemplo, dinero depositado en una cuenta bancaria vinculado al caso penal), pero como —algunas veces— no funcionan los mecanismos de comunicación o el fiscal penal se niega a informar, por "cuestiones de reserva", si ese activo fue comprendido o no en su acuerdo de colaboración se generan una nueva indagación y solicitudes dobles de cooperación judicial internacional al país donde se encuentra la cuenta bancaria, poniendo en tela de juicio la seriedad del sistema de administración de justicia en el país.

⁶⁸ Debemos reconocer que, en algunos casos, se ha optado por este criterio, pero se han remitido copias a la Fiscalía de Extinción de Dominio para que se inicie la indagación patrimonial en tanto el acuerdo de terminación anticipada o el principio de oportunidad no se ha pronunciado sobre el origen de los bienes.

⁶⁹ En la legislación colombiana, en el parágrafo del artículo 133 del Código de Extinción de Dominio, se prevé que aquel que se acoja al proceso abreviado podrá ser acreedor a una retribución, la cual será de hasta el 3 % del valor de los bienes que sean objeto de sentencia anticipada. Podrá, igualmente, el afectado hacerse acreedor a otro 3 % del valor de los bienes que se encuentren en causal de extinción de dominio, sobre los cuales informe a la Fiscalía, siempre y cuando se aporten elementos de prueba o se contribuya de manera eficaz y efectiva a lograr el cumplimiento de uno o varios de los fines constitucionales propios de la administración de justicia. Si bien nuestra legislación penal y de extinción de dominio no regulan este supuesto, no ha sido óbice para su aplicación en un caso concreto. Así, en el caso de Venero Garrido, un fiscal firmó un acuerdo extrajudicial para la devolución de aproximadamente quince millones de dólares desde Suiza a Perú. Fue la primera vez que se aplicó la figura legal del acuerdo extrajudicial para un proceso de recuperación de activos en nuestro país. Para mayores detalles, véase: <https://baselgovernance.org/news/switzerland-return-usd-15-million-stolen-assets-peru-landmark-extrajudicial-agreement>

Una situación particular se presenta con la Ley N.º 32326, en la cual se exige una sentencia condenatoria firme y consentida o de un laudo que se emita en un proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral⁷⁰. No obstante, se exceptúan de esta exigencia los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal, estafa y delitos informáticos contra el patrimonio (artículo 2.3 de la ley).

En consecuencia, con esta modificatoria, en los delitos no comprendidos en la excepción prevista en el citado artículo (como corrupción de funcio-

narios, lavado de activos, deforestación, etc.) inexorablemente el fiscal penal deberá ejercitar la pretensión de decomiso. Esto implica que su estrategia investigativa varíe de forma que incluya los aspectos financiero-patrimoniales y que requiera medidas cautelares para garantizar su pretensión. No sería eficiente que se limite a la pretensión punitiva y deje para después de la conclusión del proceso penal la remisión de copias para el inicio de la indagación patrimonial en extinción de dominio, dado el altísimo riesgo de desaparición, ocultamiento, consumo o transferencia de los bienes. En este sentido, con esta modificatoria la alegada prevalencia pierde todo sentido.

3 Prevalencia de las medidas cautelares en extinción de dominio

El artículo 21.4 del reglamento prevé que las medidas cautelares decretadas en materia de extinción de dominio prevalecen sobre cualquiera que se haya dictado en otro proceso.

Esta norma requiere necesariamente una interpretación por parte de la jurisprudencia nacional. En este sentido, la necesidad de su desarrollo jurisprudencial ya ha sido expresada en la sentencia del 25 de junio de 2024, emitida por el Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con competencia en Lima y Lima Norte, en el expediente 07-2022. En él se ha señalado que "es importante desarrollar cuál es el alcance y límites de esa prevalencia, situación que ni la ley ni el reglamento han abordado".

En esta misma sentencia, al abordar el análisis del principio de prevalencia, se indica:

... ninguna institución puede pretender tener efectos absolutistas. Así, pues, si los derechos

fundamentales contenidos en la Constitución Política no son absolutos, mucho menos podrá reclamar aplicación absoluta e ilimitada un principio de una herramienta política criminal. En ese mismo orden de ideas, las reglas de extinción de dominio no pueden reclamar aplicación preferente con la sola expresión 'el derecho de extinción de dominio es prevalente', una argumentación en este sentido estaría bastante cerca (sino dentro) de la falacia de petición de principio y/o falacia de círculo vicioso⁷¹.

Cabe recordar que esta norma contra-dice lo previsto en el artículo N.º 639 del Código Procesal Civil respecto a la concurrencia de medidas cautelares, que dispone: "Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que

⁷⁰ Dado el tema específico del presente artículo, no podremos profundizar en esta modificación legislativa; sin embargo, expresamos nuestro rechazo y profunda preocupación por el grave retroceso que esto implica y la generación de espacios para la ineficacia del sistema de recuperación de activos en el Perú.

⁷¹ Fundamento jurídico 10.5.9.

sustentan la pretensión". En tal sentido, no puede alegarse la prevalencia de las medidas cautelares en extinción de dominio amparándose en una norma de menor jerarquía (reglamento aprobado por un decreto supremo). Si bien reconocemos que las medidas cautelares de extinción de dominio están reguladas en la ley y no solo en el reglamento, su supuesta prevalencia contradice otras normas, por lo que se requiere una interpretación adecuada.

Pueden coexistir más de una medida cautelar en dos procesos distintos. Por ejemplo, el activo puede haber sido incautado en el proceso penal, pero es posible que el proceso no pueda continuar por tratarse de un reo contumaz y, con ello, es imposible discutir la pretensión de decomiso. En este escenario, es probable abrir una indagación patrimonial en extinción de dominio y con ello será necesaria una medida cautelar en este último proceso, dado que es posible que la dispuesta en el proceso penal sea dejada sin efecto; sin embargo, en ambos casos, el órgano administrador será el mismo, Pronabi (salvo que, por norma, dicha entidad no sea competente para la administración de los bienes incautados). En tal sentido, resultaría irrelevante prever en ese supuesto la prevalencia de una medida cautelar sobre otra⁷².

Consideramos que, para el análisis de la prelación, es más pertinente el criterio material que el temporal. Lo importante en realidad es determinar quién está en mejores condiciones de ejercitar la pretensión —decomiso o extinción de dominio—. Esto es, si en función de los criterios antes expresados: naturaleza de la medida, supuestos de aplicación de derecho penal premial y justicia consensuada, mecanismos de aceleración del proceso u otros criterios de eficiencia, corresponde ejercitar una acción respecto a la otra, la medida adoptada en dicho proceso debe prevalecer.

En última instancia, lo ideal sería una coordinación institucional en el Ministerio Público para evitar situaciones en las que dos fiscales de diferentes sistemas se disputen la incautación y custodia de un bien, o que requieran vía cooperación judicial a un mismo país la ejecución de una medida cautelar.

En esta línea, urge la adopción de un protocolo en el ámbito del Ministerio Público que aborde la obligación de informar sobre la existencia de activos susceptibles de extinción y los mecanismos para compartir información, entre otros aspectos, no sobre la base de la amenaza de sanción administrativa o penal —o el mero intento de imposición de una institución jurídica sobre otra—, sino más bien a partir de aspectos propositivos que consideren un análisis de las ventajas, desventajas, naturaleza y límites de recurrir a uno u otro proceso. Obviamente, para acreditar su legitimidad, es indispensable que en dicho protocolo participen todos los actores involucrados y no ser diseñado solo por representantes de un solo subsistema especializado.

Finalmente, también es posible que la medida cautelar en extinción de dominio concorra con una medida cautelar impuesta en un proceso civil, por ejemplo, un embargo impuesto en un proceso de obligación de dar suma de dinero. En este contexto, no se puede afirmar de manera general que la medida cautelar en extinción de dominio es prevalente, pues esto dependerá de muchos factores.

Por ejemplo, habrá que determinar si existe un tercero de buena fe⁷³, en cuyo caso su derecho será siempre preferente. Obviamente, esta situación implica una actuación diligente del fiscal y, además, respetuosa de los derechos fundamentales. Diligente, para evidenciar si es que en realidad existe una maniobra defraudatoria o delictiva que busca impedir la extinción de los

⁷² Esto no sucedería si se hubiera previsto una norma como la contenida en el artículo 12.5 de la Ley de Pérdida de Dominio (Decreto Legislativo N.º 1104), en virtud de la cual las medidas cautelares dispuestas en el proceso penal mantendrán su eficacia hasta que el juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo pertinente.

⁷³ Siempre que se trate de un tercero de buena fe a título oneroso, puesto que, en caso contrario, se estaría permitiendo el enriquecimiento injusto con bienes producto de una actividad delictiva (Gálvez y Delgado, 2013).

bienes, pues podría tratarse de un testaferro o la simulación de un negocio jurídico o de una acreencia. Una actuación respetuosa de los derechos fundamentales conlleva la aplicación del principio de proporcionalidad antes de solicitar o ejecutar una medida cautelar, así como una rápida indagación patrimonial para tomar una decisión oportuna que evite afectar los derechos de terceros de buena fe. Al respecto, la legislación comparada suele poner plazos perentorios para la presentación de la demanda cuando se ha ejecutado una medida cautelar⁷⁴.

Además, debe considerarse que, por mandato constitucional y legal, ciertos créditos son prioritarios. Así, el artículo 24 de la Constitución

prevé que el pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales tienen prioridad frente a cualquier otra obligación del empleador. Por su parte, la ley concursal, en su artículo 42, establece el siguiente orden de preferencia en el pago de créditos: "1. Remuneraciones y beneficios sociales, aportes de pensiones. 2. Créditos alimentarios. 3. Créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria y otros. 4. Créditos de origen tributario, incluidos los de EsSalud. 5. Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes"⁷⁵. En todos estos casos, si concurre una medida cautelar sobre bienes que pretenden garantizar alguno de estos créditos prioritarios, se exige el análisis de la buena fe⁷⁶.

⁷⁴ El artículo 89 del Código de Extinción de Dominio de Colombia prevé que:

Excepcionalmente el fiscal podrá decretar medidas cautelares antes de proferir la resolución de fijación provisional de la pretensión, en casos de evidente urgencia o cuando existan serios motivos fundados que permitan considerar como indispensable y necesario, para cumplir con alguno de los fines descritos en el artículo 87 de la presente ley. Estas medidas cautelares no podrán extenderse por más de seis (6) meses, término dentro del cual el fiscal deberá definir si la acción debe archiversse o si por el contrario resulta procedente proferir resolución de fijación provisional de la pretensión.

⁷⁵ En sentido contrario, la Sala de Apelaciones de La Libertad, en la sentencia de apelación del 4 de setiembre de 2024, recaído en el caso 035-2024, ha señalado que:

Dado el carácter prevalente del proceso de extinción de dominio, establecido en la sétima disposición complementaria y final de la LED (...) Este carácter prevalente está por encima del carácter preferente de la garantía hipotecaria, que como derecho real de garantía otorga a su titular un poder sobre un bien ajeno, como garantía del cumplimiento de una obligación, de tal manera que, si esta se incumple, el acreedor puede solicitar la venta en subasta pública del bien gravado y hacerse cobro de la deuda con el importe obtenido. Ello significa que el carácter preferente de la garantía lo es respecto de otras deudas no garantizadas y no respecto del derecho del Estado de extinguir el dominio de los bienes de origen o destinación ilícita. Es, dicha sala, basándose el principio de prevalencia, ha desconocido todas las demás normas del ordenamiento jurídico. Dicho caso se trató de la extinción de un derecho real de garantía a una entidad bancaria que había concedido un crédito hipotecario a una empresa. En los bienes hipotecados se encontraron productos calificados como peligrosos para el medioambiente. La hipoteca se constituyó mucho antes de los hechos de contenido penal. Se cuestionó la lealtad y probidad del banco respecto a no supervisar las actividades que se desarrollaban en los inmuebles hipotecados a su favor. En realidad, este caso merecería un artículo entero; sin embargo, dadas las restricciones propias de este trabajo, nos hemos limitado a detallar el argumento sobre la prevalencia de la extinción de dominio. De otro lado, también será importante considerar que, en el caso de bienes de origen ilícito, podrían hacerse algunas valoraciones adicionales, pues como se sabe, no resulta justificado que con dinero ilícito se paguen deudas personales.

⁷⁶ Precisa Villegas Estremadoyro que:

Si un bien pierde la función social del derecho de la propiedad privada, ya no puede permanecer en el tráfico jurídico de bienes, lo que no obsta que los terceros de buena fe (llámese, por ejemplo, acreedores) vean frustradas la garantía de su acreencia con la extinción de dominio, sino que, al prevalecer la medida cautelar de extinción de dominio, se respeta el derecho garantizado por los demás acreedores que en su oportunidad verán satisfecha su acreencia en vía de ejecución de la sentencia de extinción de dominio. (2023, 150)

Conclusiones

1. La prevalencia de la extinción de dominio debe ser interpretada y aplicada en consonancia con el principio de supremacía constitucional, el respeto de los derechos humanos y los principios de unidad y coherencia normativa.
2. La prevalencia del decomiso penal o la extinción de dominio debe sustentarse en el principio de especialidad, considerando la naturaleza de cada medida. Asimismo, es necesario valorar otros criterios de eficiencia que permitan al fiscal decidir si corresponde recuperar los activos vía el decomiso penal o vía la extinción de dominio.
3. La prevalencia de una medida cautelar dependerá de la prevalencia del proceso que se pretende asegurar. En este sentido, se exige la emisión de un protocolo en el interior del Ministerio Público que regule esta situación, a fin de evitar situaciones de duplicidad de medidas de aseguramiento.

Referencias

- Aguirre Naupari, Luis Jesús. 2023. *Análisis de la Ley de Extinción de Dominio*. Lima: Grijley.
- Cassella, Stefan. 2012. *Asset Forfeiture Law in the United States*. 2.^a ed. Nueva York: Juris Publishing.
- Cassella, Stefan. 2015. "Civil Asset Recovery: The American Experience". En *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*, editado por Jon Peter Rui y Ulrich Sieber, 31-58. Berlín: Duncker & Humblot GmbH.
- Delgado Tovar, Walther. 2024. "Reflexiones sobre la extinción de dominio de bienes equivalentes". En *La extinción de bienes instrumentalizados*, 45-70. Basel: Basel Institute on Governance.
- Gálvez Villegas, Tomás y Walther Delgado Tovar. 2013. *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. 2.^a ed. Lima: Jurista Editores.
- Gálvez Villegas, Tomás y Walther Delgado Tovar. 2013. *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.
- Herrera, Mercedes y Fidel Mendoza. 2021. "Principios y garantías del proceso de extinción de dominio en el Perú". En *Extinción de dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica*, editado por José Hurtado Pozo, 429-463. Lima: Instituto Pacífico.
- Rosas Castañeda, Juan. 2021. *Decomiso y extinción de dominio: La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rui, Jon Peter y Ulrich Sieber, eds. 2015. *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. Berlín: Duncker & Humblot GmbH.
- Villegas Estremadoyro, Luis. 2023. "La indagación patrimonial y las medidas cautelares de la extinción de dominio en el Perú". En *Sobre la prueba y otros aspectos en extinción de dominio*, coordinado por Juan Manuel Arroyo, 121-153. Lima: Grijley.

Jurisprudencia citada

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1976.

Engels and others v. The Netherlands, 8 de junio de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1986.

James v. United Kingdom, solicitud N.º 8792/79, 21 de febrero de 1986.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1994.

Raimondo v. Italy, 22 de febrero de 1994.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2001.

Arcuri and others v. Italy, solicitud N.º 52024/99, 5 de julio de 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2008.

Ismayilov v. Russia, solicitud N.º 30352/03, 6 de noviembre de 2008.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2012.

Silickiene v. Lithuania, solicitud N.º 20496/02, 10 de abril de 2012.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2015.

Gogitidze and others v. Georgia, 12 de mayo de 2015.

Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú

Tribunal Constitucional del Perú. 2003. Sentencia, expediente N.º 05-2003-AI/TC, 3 de octubre de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. 2003. Sentencia, expediente N.º 014-2003-AI/TC, 10 de diciembre de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. 2006. Sentencia, expediente N.º 47-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006.

Sentencia del Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio

Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con competencia en Lima y Lima Norte. 2024. Sentencia, expediente N.º 07-2022, 25 de junio de 2024.



Publicidad, reserva y derechos del requerido

Deily Pereda Rodríguez

Resumen

El presente artículo tiene por objeto desarrollar el principio de publicidad desde una perspectiva procesal y, sobre todo, constitucional. Para ello, se repasan conceptos relevantes que permiten comprender los alcances de la publicidad y de la reserva en el proceso de extinción de dominio.

Sumario

Introducción

1. Cuestiones conceptuales
 - 1.1. Contenido y alcance del principio de publicidad
 - 1.2. Fundamento
 - 1.3. Excepciones
2. La publicidad en el proceso de extinción de dominio
 - 2.1. Publicidad en la etapa indagatoria
 - 2.2. Publicidad en la etapa judicial

Conclusiones

Referencias

Introducción

Un proceso puesto al servicio de la sociedad cumple con ser el medio de tutela para alcanzar la paz social en justicia, a la vez que se erige como un sistema de garantías frente al poder del Estado. A tal efecto, es el escenario en que se materializan principios y valores de orden constitucional que condicionan la estructuración del proceso mismo en función de la persona y su dignidad, y que buscan, sin más, limitar la intervención estatal en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En cuanto a los principios, estos sintetizan reglas de validez general que configuran el marco dentro del cual debe desarrollarse la actividad procesal (San Martín 2020, 60). Así, derivado de los postulados del Estado democrático —que reconoce a la sociedad como fuente del poder estatal y, por tanto, sujeta este poder a su voluntad—, el principio de publicidad surge como un control para garantizar el máximo respeto a la totalidad de derechos fundamentales a través de la "participación" del ciudadano en las decisiones de los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, el proceso de extinción de dominio, normado a través del Decreto Legislativo N.º 1373, concreta uno de los más importantes instrumentos de política criminal de los últimos años. No obstante, lejos de mantenerse ajeno al orden constitucional vigente, participa de este y alinea sus caracteres y procedimientos a los principios y las garantías propios del Estado constitucional de derecho. En consecuencia, ningún argumento de eficiencia podría, por sí mismo, justificar el desconocimiento o merma de los derechos fundamentales de las partes involucradas en el referido proceso.

Con base en estas premisas, el presente artículo tiene por objeto profundizar en el estudio del principio de publicidad como línea directriz en el proceso de extinción de dominio, así como su entendimiento, comprensión y armonización con los derechos fundamentales, cuya protección se busca a través de su reconocimiento constitucional.

1 Cuestiones conceptuales

1.1 Contenido y alcance del principio de publicidad

Como punto de partida, es preciso recordar que un principio es el fundamento de una institución, un mandato cuya máxima realización se busca alcanzar (Priori 2019, 39). A menudo, principio y derecho pueden ser dos caras de una misma moneda que responden, en todo caso, a la distinta perspectiva de la óptica institucional y del sujeto de derecho, respectivamente. Como resultado de esta simbiosis, la interpretación de un principio, lejos de limitarse a la literalidad, debe procurar maximizar la vigencia de los derechos en cuestión, de manera que, a través de su aplicación en cada caso, el juez decida en forma justa (Monroy 2021, 174).

En el ordenamiento jurídico peruano, el principio de publicidad se desprende del mandato constitucional previsto en el artículo 139, inciso 4, de la Constitución, el cual establece como principio de la administración de justicia la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Como corolario, este mismo mandato ha sido recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁷ y así también en diversas normas que detallan el conducto procesal para hacer valer distintos derechos materiales. Por ejemplo, en el proceso civil rige la unidad y publicidad de la audiencia, de acuerdo con el artículo 206 de su código adjetivo; en cuanto a la persecución del delito, el Código Procesal Penal establece en el artículo I del título preliminar que toda persona tiene derecho a un juicio público y contradictorio.

En palabras sencillas, en virtud del principio de publicidad, la información producida por el Estado

es *prima facie* pública⁷⁸. Así, lejos de transcurrir a espaldas de la sociedad, la administración de justicia da muestras de su transparencia y eficacia mediante actuaciones públicas que puedan ser de conocimiento de quien así lo desee. De esta manera, además de estar sujetas a mecanismos de control institucionales, las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales se someten al escrutinio público —mecanismo de control indirecto— para generar certeza sobre su imparcialidad y seguridad jurídica (Monroy 2021, 180). No queda duda, entonces, de que lo que se busca fomentar es, en realidad, la prohibición del secreto.

En esta línea, en el caso *Axen vs. Alemania*⁷⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció la doble dimensión del derecho a un proceso público: en su dimensión subjetiva, la publicidad protege a las partes de una justicia ajena al control de la comunidad; en su dimensión objetiva, genera que la sociedad mantenga la confianza en este servicio público. Esta confianza, dentro de un sistema democrático, es una condición necesaria para la gobernabilidad, en la medida en que la participación de la ciudadanía en la formación de la voluntad político-estatal supone un control que garantice el máximo respeto a la totalidad de los derechos que le han sido reconocidos⁸⁰.

Desde la doctrina, existe consenso en distinguir hasta dos tipos de publicidad. La primera, de alcance general, se trata de una publicidad externa o también llamada *extra partes*, la cual guarda estrecha relación con el derecho a la información de la ciudadanía y alude a la posibilidad de asistencia de cualquier ciudadano (Armenta 2008, 334). Por su parte, la segunda, conocida como

⁷⁷ "Artículo 10.- Principio de publicidad. Derecho de análisis y crítica de las decisiones judiciales. Toda actuación judicial es pública, con las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan" (Poder Judicial 1993).

⁷⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de Sala Segunda del Tribunal Constitucional, expediente N.º 02814-2008-PHD/TC Lambayeque, fundamento jurídico 8, 25 de mayo de 2010.

⁷⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Axen vs. Alemania*, solicitud N.º 8273/78, 8 de diciembre de 1983.

⁸⁰ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, expediente N.º 0030-2005-PI/TC, fundamento jurídico 22, 2 de febrero de 2006.

publicidad interna o *inter partes*, se encuentra íntimamente vinculada a los derechos de las partes; por tanto, atañe a los intervinientes del proceso y a sus derechos al participar en él; además, mantiene una importante repercusión en la vigencia del principio de contradicción y, en general, en el derecho-garantía de defensa procesal (San Martín 2020, 123). Ciertamente, esta clasificación y sus implicancias en el proceso cobran mayor notoriedad cuando se trata de su par dialéctico —la reserva o secreto— y la forma en que este se manifiesta a través de las etapas del proceso, tema que será abordado en los siguientes apartados.

1.2 Fundamento

De lo mencionado hasta aquí es posible concluir que el principio de publicidad, como principio del procedimiento que integra el derecho a un proceso de configuración constitucional, tiene como fundamento el reconocimiento de la justicia como servicio social, de forma que lo que ocurre en los tribunales es de interés social, más allá de los intervinientes en el proceso (Monroy 2021, 181).

Es justamente este interés el que contribuye a la calidad democrática intrínseca del proceso. Se materializa, además, en la posibilidad de "fiscalizar" el servicio de justicia, lo que constituye una garantía para los justiciables frente a una justicia secreta que cedería espacio a la arbitrariedad.

1.3 Excepciones

Sin perjuicio del resguardo que recibe del texto constitucional, el principio de publicidad, como

todo principio en nuestro ordenamiento, puede admitir limitaciones en la medida que estas superen el examen de proporcionalidad, para lo cual resulta relevante la naturaleza de la pretensión discutida y la utilidad que emanaría de la flexibilización del principio.

En esta línea, por ejemplo, en el ya mencionado caso *Axen vs. Alemania*, el Tribunal de Estrasburgo determinó no seguir una interpretación literal del artículo 6.1 del Convenio⁸¹. En cambio, a través de criterios sistemáticos e ideológicos, concluyó que "en cada caso, la forma de publicidad [...] debe ser valorada a la luz de las especiales características de los procedimientos aplicados y en relación con el ámbito y finalidad del artículo 6.1". De esta manera, el tribunal falló argumentando que el fin perseguido por el artículo 6.1 —el cual es, según el tribunal, "asegurar el control del poder judicial por la opinión pública en garantía del derecho a un proceso equitativo"— fue cumplido durante el curso de los procedimientos considerados en su conjunto.

Así pues, partiendo de la clasificación realizada, las excepciones se materializarían a través de un secreto externo y de uno interno, respectivamente. El secreto externo es, sin ambages, la prohibición de la publicación del proceso a la sociedad —esto es, a terceros ajenos al proceso, y no así a las partes—, lo que puede responder a finalidades como la moral y el orden público, o a la protección de la intimidad de las personas involucradas y de la presunción de inocencia. Por su parte, el secreto interno incide de manera directa en los derechos de las partes, toda vez que les imposibilita conocer las actuaciones procesales. Se reconoce, además, que el secreto interno guarda íntima conexión con

⁸¹ "Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Artículo 6.- Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

el derecho de defensa durante la investigación y con el derecho a un proceso público en el juicio o juzgamiento (Armenta 2008, 335).

Más allá de la distinción expuesta, resulta evidente que el secreto de la investigación puede tener

lugar cuando, desde la proporcionalidad, es posible concluir que la restricción de la publicidad es necesaria en favor de otros intereses o derechos de importancia constitucional, siempre que se dé entre estos una justa medida de adecuación.

2 La publicidad en el proceso de extinción de dominio

Uno de los cauces implementados por el Estado para dar vigencia a la decisión político-criminal de perseguir bienes de origen o destino ilícitos es el proceso de extinción de dominio, normado a través del Decreto Legislativo N.º 1373 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS.

Las referidas normas estructuran un proceso basado en dos etapas claramente definidas, como son la indagación patrimonial y la etapa judicial. En cuanto a la primera, se trata de una fase dirigida por el Ministerio Público, orientada principalmente al acopio de elementos que generen en él convicción sobre la licitud o ilicitud del origen o destino de los bienes bajo investigación, motivo por el cual funciona como una etapa preparatoria previa (al menos para el Ministerio Público). Respecto a la etapa judicial, su dirección está a cargo del órgano jurisdiccional, especialmente en lo referido al debate y la actuación probatoria, con miras a extraer los fundamentos de hecho y de derecho que permitan fundar la sentencia.

Ahora bien, la distinción entre estas dos etapas cobra especial importancia a la luz del principio de publicidad recogido en el título preliminar del Decreto Legislativo N.º 1373⁸². A tenor del inciso 2.7 del artículo II, tanto la publicidad interna como externa tienen plena vigencia en la etapa judicial —comienza con la admisión de la demanda (artículo 12)—, pero no durante la indagación patrimonial, cuyo conocimiento se reserva

únicamente al Ministerio Público y a la Procuraduría Pública Especializada (artículo 13), salvo cuando tiene lugar la materialización de medidas cautelares. Es decir, ni el público ni las partes del proceso —fuera de las mencionadas— tienen derecho alguno a tomar conocimiento de esas diligencias.

Lo que aquí importa, más allá de cómo abordó, aborda o abordará el legislador el principio de publicidad, es determinar cuánta publicidad es necesaria, a la luz del fundamento de este principio y su íntima relación con la garantía de defensa procesal; y cuánta publicidad es posible, atendiendo a la propia naturaleza de este proceso.

Como punto de partida, entonces, conviene sacar a colación las particularidades que distinguen este proceso de otros, las cuales pueden extraerse de las pretensiones de las partes como del objeto del proceso en sí. Por un lado, los intereses del Estado responden a la necesidad de retirar del tráfico jurídico los bienes que carecen de protección constitucional debido a su rompimiento con la función social que se les asigna; por otro lado, la pretensión del requerido es que se mantenga el reconocimiento del dominio que ejerce sobre determinados bienes. De esta forma, el objeto del proceso se centra en determinar la licitud o no de los bienes identificados por el Ministerio Público.

Con lo dicho hasta el momento, es posible afirmar que los alcances del principio de publicidad, lejos

⁸² "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:

[...]

2.7. 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".

de ser un obstáculo para el proceso de extinción de dominio, pueden trazarse considerando su fin, sin que ello implique la limitación irracional de los derechos fundamentales involucrados y en la medida en que se otorgue al requerido las mismas armas procesales para controvertir la pretensión contraria y para ser escuchado en igualdad de condiciones como todas las partes.

Ahora bien, el análisis respecto a cuánta publicidad corresponde a este proceso o cuánta puede ser cedida, en clave de proporcionalidad, debe partir de los fines y las características de cada una de las etapas del proceso en sí.

2.1 Publicidad en la etapa indagatoria

Como ya se ha indicado, la etapa indagatoria está dirigida a la reconstrucción de los hechos con el objetivo de determinar si, efectivamente, los bienes en cuestión provienen de actividades delictivas o si fueron destinados para la comisión de estas. De modo general, entonces, se trata de una fase previa y preparatoria de la etapa judicial.

La naturaleza prejudicial de la etapa indagatoria no debe distraernos del hecho de que nos encontramos ya dentro de un proceso. A diferencia del proceso civil, en el que la actividad previa a la presentación de la demanda —que implica, también, el trazado de una estrategia y acopio de medios probatorios— es una actividad privada y no regulada, sujeta a la voluntad del eventual demandante, en el proceso de extinción de dominio la actividad preparatoria previa tiene naturaleza pública, fundada en la necesidad de actuar para descubrir (Monroy 2008, 101), y es independiente de la voluntad de su director (Ministerio Público), que no puede disponer de la consecuencia jurídica patrimonial de extinción de dominio. En ese sentido, siendo esta etapa con la que se da inicio al proceso, el principio de publicidad tendría plena vigencia.

No obstante, diversos razonamientos justifican mantener el secreto interno de las actuaciones

indagatorias en el proceso de extinción de dominio. El primero —y quizá el más importante— alude a la volatilidad o facilidad con que los bienes muebles e inmuebles pueden ser objeto de transferencias dentro del tráfico jurídico, ya sea mediante tradición o por consenso entre partes. Esto podría generar que, puestos sobre aviso, los "potenciales" requeridos opten por desprenderse de los bienes involucrados, valiéndose de las bondades —y/o debilidades— del propio ordenamiento jurídico, con miras a sustraerlos de la acción extintiva.

A ello también se suma el peligro latente de la destrucción o manipulación de diversas fuentes de prueba, lo que dificultaría la tarea de reconstruir los hechos indagados a cargo del Ministerio Público. A este argumento bien se podría oponer la utilidad de las medidas cautelares; no obstante, alcanzar el presupuesto del *fumus bonis iuris* requiere, a su vez, la existencia de indicios que abonen a su probanza, los que solo se podrían recabar dentro de la investigación.

En resumen, existen motivos plausibles para considerar que la publicidad interna en la etapa de indagación patrimonial podría poner en riesgo la eventual ejecución de una sentencia favorable, ya sea por la obstaculización probatoria o por el despojo de los bienes materia del proceso. Con ello también se impedirían los fines propios del proceso de extinción de dominio. En ese sentido, dado que el derecho a la ejecución de sentencias forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, existe un fin legítimo que resguardar.

Ahora bien, la garantía de defensa procesal impone que la configuración que se dé a este proceso asegure al requerido o parte demandada la posibilidad de realizar cuanto estime necesario para sostener argumentalmente la licitud de los derechos que alega sobre los bienes materia del proceso, así como para contradecir los fundamentos que la parte demandante haya formulado. A efecto de ello, resulta determinante el oportuno conocimiento del requerido de la pretensión extintiva en aras de no generar una

situación de indefensión, la cual —según ha señalado el Tribunal Constitucional de España—⁸³ no depende de la duración del secreto, sino de la ausencia de una justificación razonable para tal medida y que no se conceda oportunidad posterior para la defensa.

Sobre esto último, el referido tribunal ha establecido que más allá de ser una manifestación de la publicidad interna, el "derecho a conocer" está íntima-mente vinculado con el principio de contradicción y defensa. De esta forma, decretar el secreto interno de la etapa indagatoria implica restricciones al derecho de defensa del requerido y eventual demandado; sin embargo, dicha limitación resulta necesaria cuando el conocimiento de lo actuado desde sus etapas iniciales puede comprometer su eficacia.

Como criterio de gradación, resulta determinante la inclusión de determinados correctivos que, para contrarrestar esta situación de desigualdad de la manera más óptima, permitan al requerido recuperar todas sus posibilidades defensivas durante la etapa indagatoria. Así, por ejemplo, el Ministerio Público podría, de oficio, levantar el secreto de la etapa indagatoria cuando la publicidad de los actos procesales y la intervención del requerido en ellos, lejos de significar un peligro para el proceso, coadyuven inequívocamente a los fines de dicha etapa, y la contradicción, por tanto, resulte necesaria a modo de cooperación en la hipótesis de investigación. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el debate verse sobre derechos adquiridos décadas atrás, en los que el paso de los años y la informalidad que aquejó tiempos pasados sugieren la pronta intervención del requerido con el fin, sobre todo, de evitar la formulación innecesaria de demandas.

Finalmente, establecer la absoluta igualdad de condiciones entre las partes durante la fase de indagación no es una tarea fácil. Toman fuerza, en este extremo, los postulados de Hormazábal, citados por San Martín, respecto al secreto en materia procesal penal. Para el autor, es el delincuente quien, en primer lugar, introduce la

situación de desigualdad entre él y el Ministerio Público de manera calculada, motivo por el cual el desequilibrio que se genera entre las partes, al decretarse el secreto interno de la investigación preparatoria en el proceso penal, al fin de cuentas y a la luz del principio de igualdad de armas restablece la situación de igualdad (San Martín 2020, 122).

2.2 Publicidad en la etapa judicial

En cuanto a la etapa judicial, no cabe duda de que se trata de un escenario que, por su propia naturaleza, excluye cualquier posibilidad de mantener el secreto interno. Es, pues, por excelencia, el momento procesal en que tiene plena vigencia el principio de publicidad, dado que el debate entre las partes prepara el camino a la decisión que de este resulta. De igual forma, en su vertiente externa, la publicidad de cara a la sociedad ejemplifica la participación y el control de la justicia por parte de esta.

Especial mención merece la notificación de la demanda al requerido y el establecimiento de un plazo para la contestación de esta, de acuerdo con el artículo 20 del Decreto Legislativo N.º 1373. En los casos en que la etapa indagatoria haya transcurrido en total secreto, el acto procesal de notificación de la demanda constituiría la primera oportunidad del requerido para conocer la pretensión extintiva del Estado, así como el caudal probatorio recabado para tal efecto. En línea con lo descrito en el apartado anterior y en la medida en que la norma no recoja estos supuestos de complejidad, el órgano jurisdiccional podría de oficio y a modo de correctivo determinar excepcionalmente plazos mayores a los previstos por ley cuando la complejidad del caso se refleje también en el plazo de la indagación patrimonial llevada a cabo por el Ministerio Público o cuando se trate, por ejemplo, de personas con dificultad de acceso a la información (residentes extranjeros). Esto se da con miras a restablecer el equilibrio entre las partes, que se ha afectado con ocasión del secreto de la indagación.

⁸³ Tribunal Constitucional de España. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, recaída en el recurso de amparo 514/1987, fundamento jurídico 3, 4 de octubre de 1988.

Conclusiones

En la tarea de identificar aquellos valores del Estado constitucional que justifican y explican la noción de *proceso*, se hace evidente que su calidad democrática conduce a que los principios que sustentan su configuración no puedan sino servir al proceso, y no obstaculizar o hacerlo inviable a sus fines.

En este contexto, el principio de publicidad en la administración de justicia se erige como un pilar más del sistema democrático, una garantía de imparcialidad que busca hacer transparentes los procesos ante la sociedad con el objetivo de afianzar la relación de confianza entre esta y los órganos encargados de impartir justicia.

En el ámbito del proceso de extinción de dominio, la vigencia del principio de publicidad no ha estado exenta de críticas referidas, principalmente, a la posible violación al derecho-garantía de defensa procesal, por cuanto el requerido podría ver mermada su capacidad para defenderse frente a la pretensión estatal.

En ese sentido, aun cuando, de manera general, mantener el secreto de la indagación patrimonial es legítimo y compatible con la configuración constitucional del proceso de extinción de dominio, resulta trascendental para los operadores de justicia —Ministerio Público y Poder Judicial— identificar aquellos casos en que las circunstancias objetivas justifiquen, por el contrario, optar por medidas que corrijan vulneraciones indebidas a los derechos del requerido.

Referencias

Armenta, Teresa. 2008. *Estudios sobre el proceso penal*.
Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Monroy, Juan. 2021. *Teoría general del proceso*.
Lima: Communitas.

Priori, Giovanni. 2019. *El proceso y la tutela de los derechos*.
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
<https://doi.org/10.18800/9786123175009>

San Martín, César. 2020. *Derecho procesal penal. Lecciones*. 2.^a ed.
Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, y Centro de Altos Estudios
en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional del Perú. 2006. Sentencia del Pleno,
expediente N.º 0030-2005-PI/TC, 2 de febrero de 2006.

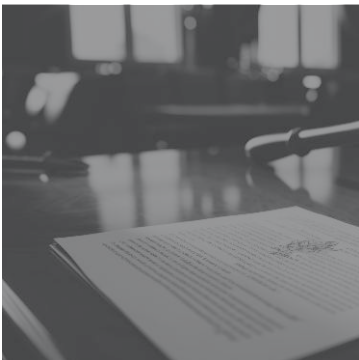
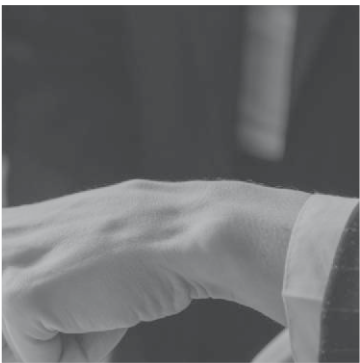
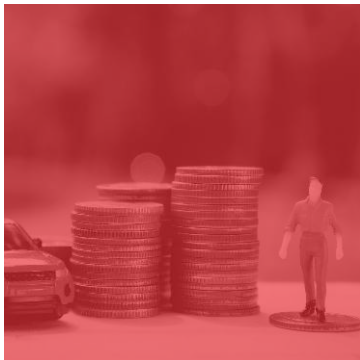
Tribunal Constitucional del Perú. 2010. Sentencia de la Sala Segunda del
Tribunal Constitucional, expediente N.º 002814-2008-PHD/TC Lambayeque,
25 de mayo de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1983. Axen vs. Alemania, solicitud
N.º 8273/78, 8 de diciembre de 1983.

Tribunal Constitucional de España. 1998. Sentencia 176/1988, 4 de octubre de 1998.

Embajada de Suiza en el Perú

Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO



ISBN: 978-612-49673-2-0



9 786124 967320