



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**DERECHOS Y PRINCIPIOS VULNERADOS EN EL PROCESO DE
EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL PERÚ**

AUTOR:

Eduardo Joel Amram Gálvez Rubio

ASESOR:

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva

Cajamarca, Perú, mayo de 2023.

A Dios

AGRADECIMIENTOS

A mi familia.

A mis amigos de la Promoción XXVI.

A mis profesores de la Escuela Académico Profesional de Derecho.

A la Facultad de Derecho y CC.PP. y a la Universidad Nacional de Cajamarca.

A mi asesor, Dr. Juan Carlos Tello Villanueva.

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
ÍNDICE	4
ÍNDICE DE TABLAS	8
LISTA DE ABREVIACIONES	10
RESUMEN	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I	17
1. ASPECTOS METODOLÓGICOS	17
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	23
1.4. HIPÓTESIS	23
1.5. JUSTIFICACIÓN	24
1.6. OBJETIVOS	25
1.6.1. General	25
1.6.2. Específicos	25
1.7. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN	25
1.7.1. Espacial	25
1.7.2. Temporal	25
1.7.3. Temática	25
1.8. LIMITACIONES	26
1.9. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	26
1.9.1. De acuerdo al fin que persigue	26
A. Básica	26
1.9.2. De acuerdo al diseño de investigación	27
A. Descriptiva	27
B. Explicativa	28
C. Propositiva	29
1.9.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	30

A. Cualitativa	30
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	32
1.10.1. Genéricos	32
A. Analítico-sintético	32
B. Inductivo-deductivo	33
1.10.2. Propios del Derecho	35
A. Dogmático	35
B. Hermenéutico	36
C. Argumentativo	37
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	38
1.11.1. Técnicas	39
A. Fichaje	39
B. Análisis documental	40
1.11.2. Instrumentos	40
A. Ficha bibliográfica	40
B. Ficha de análisis documental	41
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN	41
1.13. UNIVERSO Y MUESTRA	41
1.12.1. Universo	41
1.12.2. Muestra	41
1.14. ESTADO DE LA CUESTIÓN	42
CAPÍTULO II	45
2. MARCO TEÓRICO	45
2.1. ASPECTOS IUSFILOSÓFICOS	45
2.1.1. Positivismo jurídico	45
2.1.2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo	48
2.1.3. Estado constitucional de derecho	52
2.1.4. Teoría principialista	54
2.1.5. Teoría de los derechos fundamentales	57
2.1.6. Garantismo penal	59
2.1.7. Teoría de la Argumentación Jurídica	60
A. Teoría argumentativa de Theodor Viehweg	63
B. Teoría de la nueva retórica de Perelman	67
C. Teoría argumentativa de Toulmin	73

D.	Teoría argumentativa de MacCormick	77
E.	Teoría argumentativa de Alexy	87
F.	Habermas, Peczenick y Dworkin	91
G.	Teorías de la derrotabilidad de las normas jurídicas	96
2.2.	ASPECTOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS	99
2.2.1.	Derecho de propiedad	99
A.	El derecho de propiedad	99
B.	El tercero, la buena fe y el tercero de buena fe	105
2.2.2.	Derecho al debido proceso	116
A.	El derecho de defensa en la carga probatoria	118
B.	Plazo razonable para la acción de extinción de dominio	124
2.2.3.	Principio de prohibición de retroactividad de la norma	128
A.	La seguridad jurídica	128
B.	Prohibición de retroactividad de la norma	128
2.2.4.	Principio de la cosa juzgada	130
2.2.5.	Principio del <i>ne bis in idem</i>	131
2.2.6.	El proceso de extinción de dominio	132
A.	Nulidad	134
B.	Autonomía	136
C.	Terceros de buena fe	138
D.	Aplicación en el tiempo	142
E.	Carga de la prueba	143
F.	Cosa juzgada y <i>nen bis in idem</i>	145
CAPÍTULO III		147
3.	CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS	147
3.1.	SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL INDAGADO Y DEL TERCERO DE BUENA FE	147
3.2.	SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN SU CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA CARGA PROBATORIA Y EL DERECHO A UN PAZO RAZONABLE DE ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	151
3.3.	SOBRE EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA NORMA	158
3.4.	SOBRE EL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA Y EL <i>NE BIS IN IDEM</i>	160

CAPÍTULO IV	162
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA	162
CONCLUSIONES	172
REFERENCIAS	173

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	<i>El PED desde una mirada de la tónica Viehweg.</i>	67
Tabla 2	<i>El PED bajo la perspectiva de la nueva retórica de Perelman.</i>	73
Tabla 3	<i>El PED desde la perspectiva del modelo argumentativo simple de Toulmin.</i>	76
Tabla 4	<i>El PED analizado bajo la teoría argumentativa de Neil MacCormick.</i>	86
Tabla 5	<i>El PED desde la perspectiva de Alexy.</i>	90
Tabla 6	<i>El PED desde la perspectiva de Habermas, Peczenick y Dworkin.</i>	96
Tabla 7	<i>Nulidad de pleno Derecho en el Proceso de Extinción de Dominio.</i>	135
Tabla 8	<i>Autonomía e independencia del Proceso de Extinción de Dominio.</i>	137
Tabla 9	<i>El Tercero de buena fe dentro del Proceso de Extinción de Dominio.</i>	141
Tabla 10	<i>La aplicación en el tiempo en el Proceso de Extinción de Dominio.</i>	142
Tabla 11	<i>La carga de la prueba dentro del Proceso de Extinción de Dominio.</i>	143
Tabla 12	<i>La cosa juzgada y el ne bis in idem en el Proceso de Extinción de Dominio.</i>	145
Tabla 13	<i>El principio de buena fe en el derecho de propiedad.</i>	150
Tabla 14	<i>El derecho al debido proceso.</i>	152
Tabla 15	<i>El derecho de defensa en la carga probatoria.</i>	155
Tabla 16	<i>Derecho al plazo razonable de la acción de extinción de dominio.</i>	158

Tabla 17

Principio de prohibición de retroactividad de la norma. 160

Tabla 18

Propuesta de modificación del Decreto Legislativo N.º 1373. 162

Tabla 19

Propuesta de modificación del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS 166

LISTA DE ABREVIACIONES

- CPP : Constitución Política del Perú
- CC : Código Civil
- CP : Código Penal
- CPC : Código Procesal Civil
- CPPP : Código Procesal Penal Peruano
- PED : Proceso de Extinción de Dominio
- DP : Debido Proceso
- DF : Derecho a la Defensa
- TBF : Tercero de Buena Fe
- PIN : Prohibición de Irretroactividad de la Norma
- DPP : Derecho al Plazo Prescriptivo de la Acción de Extinción de Dominio
- CJ : Cosa Juzgada
- CDP : Carga Dinámica de la Prueba
- PNBII : Principio del *Ne bis in idem*
- TAJ : Teoría de la Argumentación Jurídica
- OJ : Ordenamiento Jurídico

RESUMEN

La presente investigación está enmarcada en el análisis del Decreto Legislativo N.º 1373 y el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS. En el primer capítulo, se abordó el problema de investigación, contextualizándolo y formulando la pregunta por el que se plantearon las respectivas hipótesis a demostrar. Se especificaron los métodos de investigación y las técnicas de investigación y se detalló el estado de la cuestión basado en investigaciones de pregrado halladas en los repositorios en red de diferentes universidades públicas y privadas. En el segundo capítulo, se desarrollaron las principales concepciones de la filosofía del derecho y los aspectos teóricos y doctrinarios en relación a los objetivos provenientes de las categorías detalladas de acuerdo a las hipótesis formuladas. En el tercer capítulo se contrastaron las hipótesis para concluir que los derechos y principios vulnerados en el PED son el derecho de propiedad del indagado y del tercero de buena fe, el derecho al debido proceso en su contenido del derecho de defensa en la carga probatoria y el derecho a un plazo razonable de la acción de extinción de dominio, el principio de prohibición de retroactividad de la norma, el principio de la cosa juzgada y el principio del *ne bis in idem*.

Palabras clave: *Proceso de extinción de dominio, argumentación jurídica, derecho de propiedad, tercero de buena fe, derecho de defensa, prescripción de la acción de la extinción de dominio, irretroactividad, cosa juzgada y ne bis in idem.*

ABSTRACT

This investigation is framed in the analysis of Legislative Decree No. 1373 and Supreme Decree No. 007-2019-JUS. In the first chapter, the research problem was addressed, contextualizing it and formulating the question for which the respective hypotheses to be demonstrated were raised. The research methods and research techniques were specified and the state of the art was detailed based on undergraduate research found in the online repositories of different public and private universities. In the second chapter, the main conceptions of the philosophy of law and the theoretical and doctrinal aspects were developed in relation to the objectives coming from the detailed categories according to the formulated hypotheses. In the third chapter, the hypotheses were contrasted to conclude that the rights and principles violated in the PED are the property right of the investigated party and the third party in good faith, the right to due process in its content, the right of defense in the burden of proof and the right to a reasonable period of time for the action for forfeiture of ownership, the principle of prohibition of retroactivity of the norm, the principle of res judicata and the principle of ne bis in idem.

Keywords: *Asset forfeiture process, legal argumentation, right to property, bona fide third party, right of defense, prescription of the asset forfeiture action, non-retroactivity, res judicata and ne bis in idem.*

INTRODUCCIÓN

El Proceso de Extinción de Dominio en el Perú es una herramienta legal crucial en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Esta medida permite al Estado peruano confiscar los bienes de personas o entidades involucradas en actividades ilícitas, privándolas de los beneficios económicos obtenidos de manera ilegal. A lo largo de los años, el PED ha evolucionado para fortalecer la capacidad del Estado para dismantelar organizaciones criminales y recuperar activos que de otra manera quedarían fuera del alcance de la justicia.

La corrupción y el crimen organizado son desafíos persistentes que enfrenta la sociedad peruana, socavando la justicia, la equidad y el desarrollo. Para abordar esta problemática, el Perú ha implementado una serie de medidas legales destinadas a recuperar los activos obtenidos de manera ilícita. Una de las herramientas más poderosas en esta lucha es el PED. Esta figura legal, que se ha convertido en un pilar fundamental del sistema de justicia peruano, permite al Estado confiscar los bienes de personas o entidades involucradas en actividades ilícitas, privándolas de los beneficios económicos obtenidos de manera ilegal.

Uno de los fundamentos legales más importantes del PED en Perú es el reconocimiento de que los bienes vinculados a actividades delictivas no pueden quedar impunes. En lugar de permitir que los criminales disfruten de las ganancias de sus acciones, el PED busca revertir el flujo de beneficios económicos hacia el Estado. Esta premisa se basa en la idea de que la justicia debe prevalecer sobre la impunidad, y que aquellos que se enriquecen de manera ilícita deben enfrentar las consecuencias de sus actos.

Además, el PED se fundamenta en el principio de que la propiedad de bienes adquiridos ilegalmente no puede ser protegida por el derecho de propiedad privada.

En otras palabras, la propiedad de un activo no puede ser un escudo detrás del cual los criminales se esconden para evitar la confiscación. Esta noción es esencial para garantizar que los recursos obtenidos de manera ilícita no puedan utilizarse para financiar futuras actividades delictivas o socavar aún más la integridad del sistema legal.

El PED en Perú sigue un conjunto específico de procedimientos diseñados para garantizar la justicia y la transparencia en su aplicación. El proceso comienza con la identificación de los bienes que podrían estar sujetos a extinción de dominio. En el PED esta tarea recae en el Ministerio Público, en la Fiscalía Especializada en Extinción de Dominio, encargadas de investigar y rastrear activos vinculados a actividades ilícitas. Una vez identificados, se inicia un proceso judicial que busca determinar la relación entre esos bienes y actividades criminales. Posteriormente se establece la conexión entre los bienes y actividades criminales por lo que el PED permite la confiscación de esos activos. Es importante destacar que esta medida no se limita a bienes tangibles, como propiedades o vehículos, sino que también puede incluir activos financieros, cuentas bancarias y otros instrumentos económicos utilizados para lavar dinero o encubrir ganancias ilícitas.

La ejecución del PED involucra la subasta de los bienes confiscados. Esto asegura que los activos recuperados de la delincuencia se conviertan en un recurso útil a fin de reparar el daño causado por las actividades ilícitas. Sin embargo, el PED no está exento de desafíos y críticas. Uno de los principales desafíos radica en la necesidad de garantizar que se respeten los derechos de las personas o entidades involucradas.

Pues bien, el PED, como herramienta legal diseñada para combatir la corrupción y el crimen organizado, ha sido elogiado por su potencial para dismantelar

estructuras financieras delictivas y recuperar activos mal adquiridos. Sin embargo, como cualquier proceso, no está exento de críticas y deficiencias que plantean interrogantes sobre su efectividad, transparencia y equidad. En esta investigación detallada, se abordará exhaustivamente las deficiencias del PED en el Perú, examinando cuestiones relacionadas con los derechos de defensa, el derecho de los terceros de buena fe, el derecho al debido proceso, la carga de la prueba, la prohibición de retroactividad de la norma, el derecho a un plazo razonable que proscriba cualquier tipo de persecución perpetua y otros desafíos prácticos que enfrenta este mecanismo.

Una de las principales deficiencias del PED en el Perú se relaciona con los derechos de defensa y el debido proceso; y si bien es esencial luchar contra la corrupción y el crimen organizado, no se debe hacer a expensas de los principios legales fundamentales que garantizan un juicio justo y equitativo.

La carga de la prueba es otro de los aspectos críticos que plantea deficiencias en el PED en el Perú. Si bien es necesario demostrar que los bienes están vinculados a actividades delictivas, algunas críticas sugieren que el Estado podría no estar proporcionando evidencia suficientemente sólida o concluyente y lo que es peor, según la normativa del PED, esta carga probatoria es trasladada hacia la parte indagada; por ello para que el PED sea efectivo y justo, es fundamental que la carga de la prueba recaiga en el Estado y que éste presente pruebas sólidas y verificables de la relación entre los bienes y actividades criminales específicas.

Otra preocupación en torno al PED en el Perú es la posibilidad de abuso mediante una persecución infinita. Si bien esta herramienta legal se diseñó con el propósito loable de combatir la corrupción y el crimen organizado, también existe el riesgo de

que pueda ser utilizada de manera indebida o como un instrumento de persecución selectiva.

Por consiguiente, el PED en el Perú, si bien es una herramienta poderosa en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, presenta una serie de deficiencias que deben abordarse. Es importante destacar que mejorar el PED no significa debilitar su capacidad para combatir el crimen. Por el contrario, una reforma cuidadosa puede fortalecer su efectividad y asegurar que se aplique de manera justa y equitativa, respetando los principios legales fundamentales. Para lograr un proceso más sólido y justo, y garantizar que esta herramienta siga siendo una aliada efectiva en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado en el Perú.

CAPÍTULO I

1. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

El Decreto Legislativo N.º 1373 posee antecedentes en cuerpos normativos desde el año 2007. Junto con su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, representa un conjunto de disposiciones normativas de un proceso específico que se distingue y sobrepone a los demás procesos porque contiene reglas y consideraciones enmarcadas en un mismo fin. Siendo así, cabe señalar que se podría hablar de la creación de un proceso nuevo, y que, junto con el Proceso Civil, Penal, Constitucional, Laboral, etc.; constituye una manifestación del Estado para dilucidar una incertidumbre jurídica que cree relevante. No obstante, que sea un proceso nuevo no significa que su desarrollo esté alejado de un contenido constitucional mínimo referido a derechos y principios que deben ser respetados.

Las primeras conceptualizaciones refieren que el Proceso de Extinción de Dominio (en adelante PED) se desenvuelve sobre la base de una Tutela Jurisdiccional Efectiva en el que distinguen específicas partes procesales y determinadas pretensiones que derivarán del ejercicio del derecho de acción del Estado (en este caso, de la Fiscalía) y del derecho de defensa que tiene el investigado en las distintas etapas de indagación y enjuiciamiento y en todos los actos procesales que se lleven a cabo en el PED. Sin embargo, el proceso aludido también posee cuestionamientos propios de su aplicación, debido a que vulnera los derechos del procesado y los principios fundamentales que el ordenamiento jurídico debe respetar.

La UETI-CPP (2019) refiere que el PED se sustenta en un fundamento político criminal dirigido a transferir a la esfera del Estado todo tipo de efectos patrimoniales que tengan relación directa con actividades ilícitas; o efectos patrimoniales en los que no se pueda demostrar una titularidad proveniente de una fuente lícita de obtención. Asimismo, esta transferencia se realiza a través de una sentencia que primero declarará la ilicitud del bien indagado para luego transferir a la esfera del estado dicho bien, y que será emitida por autoridad jurisdiccional competente sin tener en cuenta cualquier tipo de indemnización hacia los particulares que ostenten la titularidad de los mencionados efectos; por lo que, la forma de proceder del Estado, resulta vulneradora de derechos constitucionales a la propiedad del procesado y a la propiedad de los terceros de buena fe. Desde el ámbito casuístico, en las primeras sentencias recaídas en el Expediente N.º 02755-2017 y el Expediente N.º 006-2015-0-01826-SP-PE-02, ambos acumulados, del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima, se sostiene que la razón trascendental del Proceso de Extinción de Dominio, se funda en que el Estado no puede permitir la adquisición de bienes patrimoniales que no hayan sido adquiridos de manera lícita en función al bien común y dentro de los márgenes de la legalidad que la Carta Fundamental ampara. Además, en las mencionadas sentencias se considera al PED como un proceso autónomo, diferente de los demás, con sus propias garantías y principios y con una cualidad enmarcada netamente en contenidos patrimoniales. Contrariamente, ante un análisis constitucional, estos fundamentos no guardan correspondencia con la administración de justicia materializada

en el derecho al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a los derechos del procesado, específicamente en sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada y a la prohibición de procesar paralelamente por los mismos hechos.

Desde esta perspectiva, se debe señalar también la Casación N.º 1408-2017-Puno, en la que se refiere que existe una legitimidad constitucional que sirve de base para que el PED despoje de la titularidad de sus bienes a procesados que no demuestren su origen lícito. A tenor de lo referido, es evidente que estos criterios pueden resultar en una *cuasi* ilegal transgresión del derecho de propiedad, por ejemplo; derecho que tienen todos los ciudadanos y que acoge la Constitución, además de resultar en una evidente restricción al ejercicio del mismo derecho. Es en este contexto casuístico que se manifiestan las debilidades del PED y que hacen que su condición de proceso independiente y especial marque distancia con los procesos ordinarios en los que sí existen principios jurídicos enmarcados en un sistema reconocedor de derechos fundamentales de la persona.

Pues bien, como lo sostiene Villareal (2020), es en la esfera de los terceros que actúan de buena fe, donde predominarán directas vulneraciones a sus derechos; a causa de las restricciones a la libre disposición que hace uso el titular del bien, más aún si se entiende que la buena fe tiene una extensa manera de ser interpretada y aplicada en derecho. Esto último sería lo crucial y sustancioso, puesto que la buena fe, no solo es un presupuesto de legalidad, sino, como lo manifiesta Schopf (2018), es un principio orientador de todo el ordenamiento jurídico.

Por lo que, su existencia, no estaría condicionada a una demostración, sino a una presunción; de ahí que lo demostrable debería ser la mala fe sobre la base de intenciones manifiestas que hagan suponer un alejamiento del bien común y de la ley. Sin embargo, el PED no deja visos claros en este aspecto y, por el contrario, establece ciertos lineamientos para determinar la buena fe, enervando una presunción jurídicamente establecida.

Como lo sostiene Chávez (2019), otro cuestionamiento a verificar con relación al derecho de propiedad es la revisión casi perpetua sobre la procedencia de determinados bienes en función a que los mismos hayan sido obtenidos mediante distintos negocios jurídicos a lo largo del tiempo. Para entenderlo mejor, en el PED se puede colegir dos cuestionamientos jurídicos de suma importancia: el primero, que la norma resulta ser retroactiva; y, el segundo, que, al ser retroactiva, el momento para iniciar el proceso aludido ha quedado a discreción del fiscal quien sólo necesitará de una mínima sospecha de que el bien ha obtenido a través de actividades ilícitas o que, el mismo, represente un incremento patrimonial injustificado. Por tal, en el PED, en donde también se establece que el paso del tiempo no genera consecuencias jurídicas válidas, todos los actos efectuados a través de los años deben verificarse hasta identificar el acto que adolece de nulidad. Es decir, estaríamos aceptando una persecución *ad infinitum* debido a una retroactividad que, encima de todo, no posee un plazo prescriptivo para la acción de extinción de dominio por parte del Ministerio Público como ente indagador.

Otro criterio para tomar en cuenta es la vulneración al derecho a la defensa en la carga probatoria, por cuanto, en el PED se establece una carga dinámica arbitraria, en el que el demandado es la parte procesal que debe demostrar necesariamente, en la etapa judicial, la licitud de los bienes que pretenden ser declarados extintos a favor del Estado. Es más, al Fiscal solo le bastaría simples indicios para que se declare admisible la demanda. Esto de alguna forma puede resultar contraproducente porque el Juez tendría la libertad de admitir la demanda sin observar pruebas suficientes, si, finalmente, es el demandado en la misma Etapa Judicial, quien tendrá la obligación, mediante contestación de demanda, de acreditar la licitud del bien. Al respecto, como lo sostiene Chávez (2019), resulta polémico sostener que sea el demandado quien deba demostrar el origen o destino del bien dentro de un marco que sea legal, porque hacerlo sería admitir una inversión de la carga de la prueba que tiene visos de ser inconstitucional. Y es que dicha inversión implicaría que el que esté en mejores condiciones de demostrar un hecho, con relevancia jurídica, sea quien deba aportar la prueba que lo fundamente; pero olvida las máximas jurídicas de que quien alega hechos en un proceso judicial iniciado por el mismo, está en la obligación de demostrar tales hechos.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el año 2018 se promulgó la Ley de Extinción de Dominio, mediante Decreto Legislativo N.º 1373. La finalidad de dicha norma fue la de perseguir y trasladar de la esfera patrimonial del privado, hacia la esfera patrimonial estatal, bienes o productos que tuviesen origen o destino actividades ilícitas o que representen incrementos patrimoniales con

sospecha de actividades ilícitas. Ya antes se había intentado conseguir estos objetivos a través de una ley que data del 2012 y cuya denominación era similar: Pérdida de Dominio. No obstante, esta norma derogada poseía deficiencias estructurales y aplicativas que, de una u otra forma, imposibilitaba que los operadores jurídicos hiciesen una labor eficaz para la recuperación de los bienes con características antes mencionadas. Por tal motivo, mediante la promulgación de la norma a tratar, se mejoraron ciertos aspectos que permitirían un buen alcance de su finalidad.

Sobre otros principios y derechos fundamentales vulnerados, también está el hecho de que el legislador, como ya se ha mencionado, no ha establecido un plazo para la prescripción de la acción de Extinción de Dominio, de acuerdo a ello, sin un plazo prescriptivo determinado, los bienes serían perseguibles perpetuamente. Claro, esta característica de imprescriptibilidad puede tener su fundamento en que nada debe estar por encima de la ley en ningún tiempo y bajo ninguna circunstancia; sin embargo, no se puede justificar por ello la inoperancia e ineficiencia del Estado para perseguir bienes con origen o destino presumiblemente delictuosos. En consecuencia, es necesario la imposición de un plazo razonable para la acción de extinción de dominio, similar al plazo de prescripción de la acción penal, para aquella persecución que se evidencia en el derecho a la prescripción de la acción del Estado para perseguir bienes cuya presunción de ilicitud las atribuye como tal.

Otro de los problemas que adolece la presente ley, es la referida al derecho de los terceros. En el Proceso de Extinción de Dominio se ha instituido a la nulidad como una forma de extinguir la titularidad de bienes

cuyo origen transgreden el ordenamiento jurídico. En este proyecto se considera que es una vulneración haber restringido el reconocimiento de derechos solo a los terceros de buena fe, estableciendo parámetros objetivos de la buena fe y no presumiéndolos, por cuanto el concepto de buena fe, en los negocios jurídicos, suele ser bastante subjetivo y no sujeto a comprobación directa; como lo debe ser la mala fe.

También se debe considerar que el mismo Estado no puede abusar de sus prerrogativas persecutoras para vulnerar derechos reconocidos convencionalmente y cuya protección es constitucional y de aplicación general dentro de todo el territorio peruano. Si no se tiene la seguridad jurídica de que se respetarán los mínimos estándares vinculados a los derechos fundamentales de la persona y principios del sistema normativo vigente, entonces se evidenciará un retroceso de un Estado garantista, a un Estado inquisitivo y legalista en el que no se reconocen derechos, sino que se le da más valor a presunciones en razón de una finalidad de carácter real y que puede ser malinterpretada si no se tiene un mínimo sentido de humanidad a favor de la protección de la persona y de todo lo que irradie de la misma.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los derechos y principios vulnerados en el proceso de extinción de dominio en el Perú?

1.4. HIPÓTESIS

Los derechos y principios vulnerados en el proceso de extinción de dominio en el Perú, son:

- a.** Derecho de propiedad del indagado y del tercero de buena fe.

- b. Derecho al debido proceso en su contenido del derecho de defensa en la carga probatoria y el derecho a un plazo razonable de la acción de extinción de dominio.
- c. Principio de prohibición de retroactividad de la norma.
- d. Principio de la cosa juzgada y del *ne bis in idem*.

1.5. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene un alcance práctico porque se advierte que el PED posee falencias en cuanto a su aplicación que se deben identificar, falencias relacionadas a la vulneración de principios y derechos recogidos y protegidos en la Constitución Política del Perú. Su alcance institucional radica en que la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, debe contar con investigaciones relacionados a la identificación de parámetros dogmáticos para establecer que, más allá de cualquier norma que busca hacerle frente al flagelo de la delincuencia organizada, el ordenamiento jurídico en su conjunto, y la protección de los derechos del ciudadano en particular, merecen un especial tratamiento por los principales operadores jurídicos para así evitar su vulneración. Su alcance social radica en que, esta investigación constituirá un aporte necesario para futuras investigaciones en un proceso que es relativamente nuevo y cuyas lagunas y antinomias se identificarán a medida que la norma jurídica, y sus interpretaciones, se vean superadas por la propia realidad. En el alcance personal, esta investigación permitirá obtener el título profesional de abogado, así como generar amplios conocimientos a nivel investigativo y académico.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. General

Determinar los derechos y principios vulnerados en el Proceso de Extinción de Dominio en el Perú.

1.6.2. Específicos

- a. Desarrollar los alcances del derecho de propiedad vinculado al PED.
- b. Desarrollar los alcances del contenido del debido proceso en su contenido del derecho de defensa en la carga probatoria y el derecho a un plazo razonable vinculados al PED.
- c. Desarrollar los alcances del principio de prohibición de retroactividad de la norma, principio de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* vinculados al PED
- d. Proponer la modificación legislativa del D.L. N.º 1373 y del D.S. N.º 007-2019-JUS

1.7. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. Espacial

Se limita en el ámbito jurídico del territorio nacional.

1.7.2. Temporal

Desde la vigencia del Decreto Legislativo N.º 1373 y el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS.

1.7.3. Temática

La temática de la presente investigación se enfoca en determinar los principios y derechos vulnerados de la aplicación jurídica de la normativa relacionada al PED, es decir, de la aplicación del

Decreto Legislativo N.º 1373 y del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS.

1.8. LIMITACIONES

La presente investigación posee limitaciones de carácter bibliográfico por cuanto al ser el Proceso de Extinción de Dominio un proceso relativamente nuevo, la actividad académica no ha investigado con mayor rigor e incidencia el presente fenómeno jurídico, lo que trae como consecuencia una escasa presencia del desarrollo dogmático, doctrinal y jurisprudencial a nivel nacional.

1.9. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Una investigación es básica cuando se fundamenta en adquirir nuevos conocimientos a través de sus tres niveles metódicos: el exploratorio, el descriptivo y el explicativo. (Esteban, 2018). Además, también lo es porque sirve de base para otras investigaciones.

A su vez, Aranzamendi (2010) refiere que las investigaciones básicas devienen del conocimiento básico según el nivel y factibilidad de la ciencia y cuyo principal objetivo es desarrollar teorías presentes en cualquier campo de la ciencia, ya sea refutándolas o estableciendo nuevas proposiciones cuya validez pueden no ser universales, pero su aplicación y desarrollo es general.

La presente investigación será básica porque tendrá como finalidad adquirir nuevos conocimientos sobre el Proceso de Extinción de Dominio, a través de un desarrollo investigativo utilizando técnicas elementales del campo jurídico como la documentación bibliográfica, jurisprudencial y doctrinaria.

1.9.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

Para Gay (1996), citado por Esteban (2018), la investigación descriptiva es una forma de los niveles conocidos de la investigación cuyo fin es el de especificar determinadas características de un determinado objeto de investigación. Así, su objetivo será recopilar, sobre la base de diferentes fuentes, el material necesario (datos, información, características, particularidades, etc.) que permita probar hipótesis o darles respuesta a preguntas relacionadas con el problema de investigación. Pero, además, como lo sostiene Hernández *et al.* (2010), la investigación descriptiva posee un valor que radica en hacer notar con acertada precisión las cualidades y dimensiones de un fenómeno que, para el caso que nos ocupa, vendría a ser jurídico (como una variable o categoría jurídica) de gran importancia, esto sin que se profundice en la relación que pueda existir entre ellos.

Por tal motivo, la presente investigación estará enmarcada dentro del nivel descriptivo porque permitirá identificar y caracterizar las instituciones jurídicas afines al Proceso de

Extinción de Dominio y definir todas las dimensiones que se enmarcan en su aplicación dentro del campo jurídico y que constituyen parte del problema investigativo que se pretende analizar.

B. Explicativa

Ahora bien, el hecho de que la presente investigación esté enmarcada, según su diseño, en el tipo de investigación descriptivo, no quiere decir que se deje de lado el tipo explicativo que evidentemente se manifestará a lo largo de la ejecución investigativa. Y esto por cuanto, como sostienen Morlote y Celiseo (2004), existen investigaciones que no pueden dejar de determinar las causas, y también las posibles consecuencias, de los fenómenos a investigar. En ese sentido, el centrarse en investigar el Proceso de Extinción de Dominio permitirá que, según se desarrolle la investigación, también se analice las causas de este fenómeno como un antecedente y las posibles consecuencias de su aplicación en el campo jurídico. De allí que cuando se propongan las hipótesis, estas claramente tendrán relación directa con las consecuencias del objeto de investigación.

En tal sentido, habría que recordar que, según Hernández *et al.* (2010), una investigación no estará situada únicamente en un solo diseño de investigación. Por el hecho de que muchas veces una investigación de un tipo en específico implica el uso de los elementos y particularidades de otro tipo de

investigación diferente. Así, una investigación descriptiva como la que se está elaborando, incluirá componentes definibles de otro diseño de investigación como lo es el explicativo. De tal forma que, en conjunto, estos diseños permitan analizar mejor el fenómeno jurídico a investigar.

C. Propositiva

Aranzamendi (2010) sostiene que en el campo del derecho las investigaciones propositivas son usuales y muy comunes de realizar. Y esto se debe a que el objeto del estudio en su mayoría de veces es la misma norma o la disposición normativa propiamente dicha. La investigación jurídica-propositiva tiene asidero en los problemas de interpretación y/o aplicación de la norma que permiten que el investigador enfoque objetivos capaces de cuestionar, identificar deficiencias, establecer límites y delimitaciones con la finalidad de que, al finalizar el proceso investigativo, se proponga una reforma legislativa, una modificación, una derogación o la emisión de una nueva norma que contrarreste las particularidades problemáticas de la disposición jurídica a investigar.

En tal sentido, la presente investigación no deja de ser propositiva e incluso se encaminará hacia aquella tipología porque analizará el Proceso de Extinción de Dominio e identificará las falencias que este posee en cuanto a la vulneración de principios y derechos. Pero también permitirá concluir en una proposición de carácter normativa cuyo

sustento legal será de aprovechamiento en el campo jurídico, social y en las nuevas concepciones del derecho.

1.9.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La elección de un diseño de investigación de acuerdo a los métodos y procedimientos a utilizar es muy importante porque, de acuerdo a ello, se elegirá la tipología epistemológica que la investigación habrá de seguir. No obstante, hay específicas ciencias (fácticas o formales) que les viene mejor un determinado diseño investigativo. Maletta (2009) sostiene que, para la disciplina del Derecho, es mejor un diseño investigativo cualitativo, aunque eso no quiere decir que se realice un tratamiento cuantitativo a partir de los mismos datos obtenidos cualitativamente. En atención a ello, la presente investigación utilizará el siguiente diseño de investigación:

A. Cualitativa

Aranzamendi (2010) sostiene que lo que diferencia una investigación de corte cualitativa de una cuantitativa es la utilización de procedimientos estadísticos en el tratamiento de los datos obtenidos que es casi exclusividad de la segunda. Teniendo en cuenta ello, a menos que se realice una recolección de datos, en el campo jurídico, que puedan ser procesados matemáticamente, en el ámbito del Derecho es comúnmente el diseño cualitativo por la existencia de un análisis de profundidad de la realidad del objeto de estudio o de la problemática a tratar. Todo esto último a partir del

desarrollo y despliegue de un marco teórico riguroso cuyas características esenciales van desde la prestación exhaustiva del contexto o realidad, pasando por la necesaria utilización del método descriptivo y analítico para el tratamiento de datos, hasta llegar a lo que el autor denomina como flexibilidad metodológica y que no es más que la posibilidad mutable de cambiar o utilizar un tipo de razonamiento deductivo o inductivo según el fenómeno jurídico o los hechos con relevancia jurídica a investigar, pero sin ninguna preponderancia de uno en detrimento y/o preferencia del otro tipo de razonamiento.

No está demás señalar cómo el enfoque cualitativo ha sido descrito según su naturaleza interpretativa, es decir cómo el enfoque está dirigido al contexto natural del fenómeno a investigar; y, de la misma forma, cómo es su naturaleza descriptiva, es decir, cómo es el enfoque que está dirigido a disgregar el fenómeno a investigar para su entendimiento y/o comprensión como su finalidad máxima.

En tal sentido, Bonilla y Rodríguez (2000), citado por Bernal (2010), refieren que la investigación adecuada para el fenómeno jurídico es la cualitativa. Y esto por cuanto, cuando no existe una prioridad de medir, sino de describir, mediante una cualificación, el objeto a investigar es un fenómeno analizable a partir de rasgos y características propios que es percibido por el investigador.

En consecuencia, la presente investigación será cualitativa porque lo que se busca es el análisis, descripción, explicación de la vulneración a los derechos y principios del Proceso de Extinción de Dominio, tomando en cuenta sus propiedades y dinamicidad dentro del campo jurídico, sin tomar, como referencia, datos estadísticos; para una posterior proposición que permita mejorar la calidad de la norma.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Genéricos

A. Analítico-Sintético

Bernal (2010) sostiene que los métodos del proceso de investigación abarcan el analítico y el sintético separadamente. Siendo que será analítico puro cuando se realice el estudio individual de los elementos descompuestos del fenómeno u objeto a investigar. Mientras que será sintético puro, cuando en lugar de descomponer, se integren aquellos elementos para un estudio holístico o total del fenómeno u objeto a investigar.

Ahora bien, Bernal (2010) también refiere que la combinación de estos dos métodos, devienen en uno analítico-sintético, que quiere decir que se partirá de la descomposición de los elementos del objeto y/o fenómeno a estudiar, analizándolos de manera individual para su posterior integración y análisis en su totalidad.

De la misma forma, según Lopera *et al.* (2010), el método analítico-sintético descompone un fenómeno para poder

realizar un análisis de acuerdo a sus elementos básicos que lo constituyen y su posterior unificación para un estudio holístico integral, permitiendo, de ese modo, un análisis desde los efectos hacia las causas y viceversa.

De acuerdo a ello, la presente investigación será analítica-sintética porque desarrollará un análisis individual desde los elementos que conforman al Proceso de Extinción de Dominio, mediante la descomposición y posterior análisis de los procedimientos que lo constituyen y que están presentes en el Decreto Legislativo N.º 1373 y Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS., para su posterior integración que permitirá llegar al resultado (análisis holístico) de que dicho proceso vulnera derechos y principios de los ciudadanos.

B. Inductivo-deductivo

Bajo esa misma premisa, Bernal (2010) manifiesta que el método inductivo y deductivo puede utilizarse separadamente. De tal manera que será deductivo cuando se utilicen conclusiones, teorías y/o conceptos similares para la explicación de fenómenos investigativos de carácter particular. Mientras que será inductivo cuando el investigador parta desde fenómenos investigativos particulares para obtener conclusiones dotadas de determinadas generalidades. A su vez que será una investigación cuyo método se califique como inductivo-deductivo cuando el fenómeno investigativo no tenga una preponderancia del método; es decir, pueda ser tanto

inductivo, pues parte de un estudio de lo específico a lo general; pero también puede ser deductivo; es decir, el fenómeno investigativo y/u objeto a estudiar permita utilizar postulados generales para darle explicación a situaciones particulares.

Además, el método inductivo-deductivo, como lo refiere Dávila (2006), es aquel que posee un procedimiento que permite llegar a una teoría a partir de una propuesta secuencial metodológica que se basa en la observación, el análisis, conceptualización, clasificación y formulación de enunciados que suelen ser generales a partir de la inferencia realizada de los datos obtenidos. Pero también puede ser utilizado en sentido contrario, partiendo desde la conceptualización de teorías generales. De acuerdo a ello, la presente investigación será inductiva porque partirá de una observación sobre el análisis particular de determinados procedimientos del Procesos de Extinción de Dominio, para llegar a determinar conclusiones generales de que dicho proceso vulnera derechos y principios dentro del sistema jurídico actual; pero a la vez utilizando teorías y/o postulados que son generales para describir los elementos particulares del Proceso de Extinción de Dominio.

1.10.2. Propios del Derecho

A. Dogmático

Denominado también como método constructivo o institucionalismo, de acuerdo a Aranzamendi (2010), este método se caracteriza por la interpretación del derecho positivo a partir de nociones creadas por la doctrina y/o las fuentes formales del derecho. Su naturaleza radica en establecer que la norma positiva está conectada mediante hilos conceptuales estrechamente ligados y dotados de coherencia y validez. De allí que, en el campo de la investigación jurídica, se emplee este método porque acarrea la utilización de nociones que se recogen a través de preceptos, teorías, principios, jurisprudencia o simples construcciones legales lógicas y racionales.

Por su parte, Ramos (2007) establece que el método dogmático analiza un problema jurídico utilizando fuentes formales estableciendo una naturaleza jurídica con rigor teórico del problema a investigar, pero a partir del análisis de las normas legales en las que se circunscribe el problema. Es decir, se puede explicar el fenómeno jurídico, sobre la base de un desglosamiento de los términos positivos que se quieran investigar, sin la utilización de agentes externos que vicien parcialmente, debido a las ideologías u otros intereses, las explicaciones que puedan surgir.

Por esa razón, esta investigación utilizará el método dogmático porque permitirá, mediante la extracción de fuentes doctrinales nacionales y extranjeras, la explicación Proceso de Extinción de Dominio en el Decreto Legislativo N.º 1373 y el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS. Es decir, se utilizarán fuentes formales, para explicar la vulneración de la norma misma que la genera, de acuerdo a las concepciones doctrinarias y jurídicas de lo que representan en la teoría de los derechos y principios y otros.

B. Hermenéutico

Contrario a la exégesis que le da preponderancia al sentido literal de la norma y, por tal, solo le importa su significado en relación al enfoque volitivo del legislador, el método hermenéutico representa una nueva forma de analizar antipositivamente la norma utilizando la interpretación. Ahora bien, como lo sostiene Hernández (2019), esta interpretación no es cualquier tipo de interpretación, ni siquiera en sus dos acepciones: como proceso (mediante una actividad cognoscitiva) o como producto (mediante la simple decisión plasmada en documentos expositivos); es más bien una interpretación normativa holística, utilizando las nociones fundamentales de la filosofía del derecho, sobre la base de su manifestación textual, pero sin ser exclusivamente literal. Es decir, la hermenéutica busca una explicación, quizá mucho más rigurosa y profunda, del sentido, significado y contenido no solo

de la disposición normativa, sino de la norma jurídica, literal o sistemática, para su respectiva comprensión.

De acuerdo a ello, la presente investigación se proveerá del mencionado método para darle explicación y significado a la normativa referente al Proceso de Extinción de Dominio, al Decreto Legislativo N.º 1373 y al Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, pero sin que se le dé exclusividad y mayor prevalencia al sentido literal de las referidas disposiciones normativas.

C. Argumentativo

Para Atienza (2013), el método argumentativo en el campo del derecho se desarrolla a raíz de que todo el sistema jurídico posee normas jurídicas que son susceptibles de ser interpretadas a través de diferentes formas o técnicas. Esto con la finalidad de construir un argumento provisto de un razonamiento dialógico, o discurso práctico racional, para la toma de decisiones en el campo jurídico.

Además, Aranzamendi (2010) indica que la argumentación jurídica como método, aparte de su concepción compleja, es también una mera actividad de persuasión; de tal forma que, para el campo investigativo, la comprobación positiva o negativa de las hipótesis puede verificarse a través de la utilización de la argumentación (fundamentada en la lógica y la razón y en los distintos preceptos de las teorías argumentativas) como una forma de reemplazo de los métodos

cuantitativos enfocados en la verificación experimental y que están plasmados, en su mayoría, en conclusiones estadísticas y/o matemáticas.

En atención a ello, esta investigación estará suministrada del método argumentativo por cuanto el problema epistemológico radica en la existencia de normas del Proceso de Extinción de Dominio que vulneran principios y derechos y que deben ser identificadas e interpretadas sobre la base de un discurso y razonamiento lógico capaz de generar consenso y convencimiento entre los diferentes operadores jurídicos e interesados que la analicen.

1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Hurtado (2000), menciona que para toda investigación científica es necesaria la recolección de datos; no obstante, esta recolección se logra a través de procedimientos y diferentes actividades con la finalidad de obtener una respuesta a la pregunta de investigación o contrastar las hipótesis planteadas. La autora menciona que se debe diferenciar la técnica del instrumento. Para ello, es imperioso entender que la técnica sirve como un conjunto de procedimientos, mientras que el instrumento solo es una herramienta para lograr que ese procedimiento sea exitoso. También es necesario recalcar que existen ciertos instrumentos que deberán contar con validaciones técnico-profesionales para que los datos e información obtenidos tengan una fiabilidad que contribuya a la investigación. En consecuencia, es necesario mencionar que entre las

técnicas más conocidas se tiene a la observación, la revisión documental y la encuesta. Cada una de ellas tendrá su respectivo instrumento.

Para la presente investigación se utilizarán técnicas basadas en la revisión documental cuyos instrumentos no serán necesarios que obtengan alguna validación técnico-profesional. Por tal motivo, se utilizará la revisión bibliográfica con su respectiva ficha bibliográfica registrada en Microsoft Word como instrumento. También se utilizará la técnica de análisis documental, con su herramienta denominada ficha de análisis documental, también elaborada en Microsoft Word. Todo ello contribuirá a recolectar información fiable para la investigación.

1.11.1. Técnicas

A. Fichaje

Witker (1996) sostiene que, para utilizar eficientemente esta técnica de investigación, primero se debe ubicar el universo donde se almacena y se concentra la información a recolectar. Esto es, bibliotecas, hemerotecas jurídicas, centros de acopio de trabajos de investigación jurídicos e incluso, hoy en día repositorios ubicados en la web.

En ese sentido, para la utilización de la técnica de fichaje en la presente investigación, lo que se procederá a hacer es ubicar las fuentes de almacenamiento como lo son la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca y de otras universidades de la región, así como ubicar los portales web (repositorios de universidades públicas y privadas), para así recolectar la información respecto del

Proceso de Extinción de Dominio que nos pueda servir en la presente investigación.

B. Análisis Documental

Bautista (2007) refiere que esta técnica permite recolectar información reduciéndola y sistematizándola, a la vez de permitir también la construcción de matrices orientadoras del objeto o fenómeno investigativo. Del mismo modo, esta técnica permite el razonamiento y creación de nociones primarias en el investigador respecto del tema y/u objeto a investigar.

Para la presente investigación se utilizará la referida técnica investigativa para recolectar información importante sobre el Proceso de Extinción de Dominio, prestando especial atención en la sistematización que se haga para que se vaya formando nociones relevantes sobre aquel proceso y sobre la adecuada contrastación de hipótesis con respecto a las posibles respuestas al problema epistemológico que se ha de investigar.

1.11.2. Instrumentos

A. Ficha bibliográfica

Lara (1991) detalla que la ficha bibliográfica es una herramienta propia de la técnica de fichaje y consiste básicamente en un material (de papel o cartulina) sobre el cual se trasvasan datos relacionados a la información que se pretende recolectar, poniendo especial atención a las referencias más importantes, y de manera ordenada, para su posterior ubicación en las

fuentes de información a la que se acudirá para el desarrollo de investigación.

En la presente investigación se utilizará el fichaje bibliográfico, transcribiendo información más resaltante de la bibliografía que se quiere explorar en relación al Proceso de Extinción de Dominio, de forma que facilite su ubicación durante todo el proceso investigativo; desde el planteamiento del problema hasta la contrastación de hipótesis y conclusiones.

B. Ficha de análisis documental

Tiene las mismas concepciones que el fichaje puro, pero la diferencia radica que en la ficha de análisis documental se extrae la información más importante del contenido de la bibliografía analizada previamente a modo de reseña o resumen entendible y significativo.

En la presente investigación se utilizará el referido instrumento con la finalidad de ubicar los conceptos, teorías, principios y contenido importante para todo el desarrollo investigativo.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDAD DE OBSERVACIÓN

La unidad de análisis de la presente investigación es el Decreto Legislativo N.º 1373 y el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS.

1.13. UNIVERSO Y MUESTRA

1.13.1. Universo

No es aplicable en esta investigación.

1.13.2. Muestra

No es aplicable en esta investigación.

1.14. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En repositorios de universidades internacionales se encontró la tesis titulada: “La extinción de dominio. Naturaleza, características y análisis de su constitucionalidad”, presentada en la Universidad Rafael Landívar de Guatemala; en la que se rescató entre sus conclusiones, con respecto al PED, que: “[...] en el caso de terceras personas que de buena fe han adquirido bienes y/o derechos, puede verse afectado el derecho de propiedad al ignorar el origen ilícito o delictivo de los bienes” (Pineda, 2012, p. 62). De acuerdo a ello, se puede advertir que el PED, que tiene similar aplicación en el derecho externo, vulnera los bienes y derechos adquiridos del tercero de buena fe.

También se encontró la tesis denominada: “Los terceros en la acción de extinción de dominio en Colombia”, presentada en la Universidad Libre de Bogotá; en la que se advierte, entre sus conclusiones, que: “[...] cuando ese titular es una persona que esgrime con conocimiento de causa su “buena fe”, como tercero poseedor de un bien, ni la norma, ni nadie puede por medios legales, adjudicar el título de “bien adquirido ilícitamente” [...]” (Caro, 2011, p. 116). De acuerdo a ello, es posible señalar que la situación jurídica de tercero de buena fe está relacionada a ciertas particularidades cuya naturaleza es subjetiva, pero con desenvolvimiento externo y objetivo que amparan su protección.

A nivel nacional, luego de hacer la búsqueda en RENATI, se encontró la tesis de posgrado titulada: “Vulneración del derecho de defensa y la fase inicial del proceso de extinción de dominio”, presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego. Entre sus conclusiones se rescata que, con

respecto al derecho de defensa, el PED: “[...], influye negativamente en la nueva normatividad vigente por cuanto dicha norma vendría en inconstitucional y por tanto existe la necesidad de que sea modificada” (Moreno, 2020, p. 136). Pues bien, como se puede advertir de la investigación citada, el Proceso de Extinción de Dominio, Decreto Legislativo N.º 1373 y Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, vulnera el derecho de defensa, que es uno de los derechos de protección constitucional y contenido del derecho al debido proceso.

En un sentido contrario, en la tesis titulada: “La norma peruana de extinción de dominio: ¿es inconstitucional y desprotege al tercero de buena fe diligente?”, presentada en la Universidad San Ignacio de Loyola, se rescata la conclusión que sostiene que la aplicación del PED: “[...] se da sin perjuicio de los derechos del tercero de buena fe. Para comprobar que se trata realmente de un verdadero tercero de buena fe, la norma le requiere haber actuado con lealtad, probidad, diligencia y prudencia” (Villareal, 2020, p. 49). No obstante, como se advierte de la presente tesis, la buena fe llega a tener ciertas falencias en cuanto a sus características, pues estas tienden a ser subjetivas y ajenas al control del tercero. Además de ello, en la misma tesis, se sostiene que “La retroactividad de la norma se fundamenta en que un acto jurídico sobre un bien obtenido ilícitamente al ser nulo nunca tuvo efectos jurídicos; por ello, se podría aplicar a hechos anteriores a la entrada de vigencia de la norma [...]” (p. 49). A tenor de lo referido, se puede inferir que el PED vulneraría el principio de prohibición de retroactividad de la norma y el derecho al debido proceso en su contenido del derecho a la defensa en la carga probatoria y el

derecho a un plazo razonable para la acción de extinción de dominio, convirtiéndose en un proceso de persecución *ad infinitum*.

En la tesis denominada: “Estándar probatorio para la valoración de la prueba en los procesos de extinción de dominio”, presentada en la Universidad Pedro Ruiz Gallo; entre sus conclusiones se establece que en el Proceso de Extinción de Dominio “[...] la distribución de la carga de la prueba establecida en la ley; [...] el estándar para una decisión justa y racional en la valoración de la prueba, lo configuraría el estándar de balance de probabilidades” (Cordero. 2019, p. 133). De ello se desprende que el balance de probabilidades, entendido como aquel estándar probatorio que requiere de un nivel estricto de probanza en menor grado que el necesario en un proceso penal, será suficiente para aplicar el decomiso y/o incautación sin la necesidad de una condena del titular. Por lo que se puede advertir una clara vulneración al principio de la cosa juzgada o del principio del *ne bis in idem*; en cuanto aquellos bienes decomisados pudieron haber permanecido intactos en un proceso penal en el que no se ha demostrado su procedencia ilícita. Además, en la tesis aludida, en sus conclusiones, también se establece que: “[...] en la contestación de la demanda, el requerido deberá demostrar el origen o destinación lícito de los activos materia del proceso, recurriendo a los medios probatorios que sustenten su pretensión” (p. 132). De ello, se puede advertir que se vulneraría el derecho de defensa, en el sentido de que la parte que alega ciertos hechos es la que debe mostrar las pruebas que lo sustentan y no al contrario.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUSFILOSÓFICOS

2.1.1. Positivismo jurídico

Aguiló (2007), sostiene que el sistema jurídico en general funda su organización y estructura en un conjunto de reglas, que procuran soluciones normativas a los problemas e incertidumbres propias de la sociedad, sin la necesidad de valoraciones diferentes a las manifestadas por la propia norma; esto último representa, en esencia, la naturaleza de un positivismo dotado de previsibilidad de resultados jurídicos frente a las conductas del ser humano.

La certeza jurídica de la que habla Aguiló proscribiera cualquier amplitud de la norma cuando esta se encuentra en conflicto con otra, por cuanto lo que primaría serían las relaciones lógicas de deducción basadas en el cumplimiento simultáneo de ambas normas contrapuestas, si hubiese compatibilidad, o en la utilización de criterios como de jerarquía, temporalidad y especialidad para la solución ante la existencia de una incompatibilidad. Del mismo modo, la justificación del positivismo jurídico radica en que todos los enunciados normativos representan un derecho oponible a unos sujetos frente a los deberes de otros sujetos. Es decir, habrá una correspondencia y correlación justificativa.

Aguiló (2007), también resalta que cualquier problema que presente la norma, será uno de carácter calificativo, o lo que comúnmente denominamos como subsunción. Con ello, el autor concluye que lo insubsumible no vendría a ser la norma misma, sino el enunciado normativo, por lo que el problema (sea para casos genéricos o para casos específicos) se sintetizaría en uno de carácter netamente semántico; es decir, un problema de términos, referencias, palabras y/o significados.

Por otra parte, Comanducci *et al.* (2009) refieren que una de las características esenciales del positivismo jurídico, desde una perspectiva iusfilosófica, es la validez que posee la norma. Siendo que aquella validez no está determinada por su pertenencia dentro del sistema jurídico u ordenamiento jurídico, sino por su aplicación al caso concreto; es decir, siempre tomará relevancia su capacidad subsumible, o aplicabilidad interna, para adecuarse al *factum* de los hechos. No obstante, como lo sostienen los autores, aquello devendría en un problema de aplicación, pues no solo bastaría con la aplicabilidad interna para resolver un caso y demostrar su validez y obligatoriedad; sino que también sería necesario una aplicabilidad externa que justifique el acto de aplicar, y esto se encuentra en la mayoría de la normativa adjetiva cuya atención también es positivista.

Ahora bien, como toda corriente teórica, el positivismo tal y como se lo conoce ha sufrido cambios o mejoras a lo largo del tiempo. Por tal motivo, no se puede dejar de hablar del positivismo sin

mencionar a sus diferentes posturas. Posturas que, aunque están alejadas de ser novísimas, son las más rescatables e instituyen un nuevo desarrollo teórico acerca de aquella corriente filosófica. Es así que, por ejemplo, se tiene al positivismo incluyente y al positivismo excluyente que le dotan de una mirada distinta a las concepciones clásicas del derecho. Aun así, Da Rosa (2012) sostiene que el positivismo incluyente, y el excluyente, hoy en día pueda que ya no muestren diferencias sustanciales porque dentro del campo iusfilosófico están tomando relevancia teorías que permiten retornar a las acepciones originales respecto del positivismo jurídico. Para un mejor entendimiento, si dentro del positivismo se argüía que el derecho puede incluir principios morales para dotarle de validez a la norma (positivismo incluyente), hoy en día, se hace hincapié de que existe una clara separación entre lo moral y el derecho (positivismo excluyente) y que la única posible unión no contingente con el derecho sería con los principios morales y los hechos sociales como autoridad institucionalizada; situación que, contradictoriamente, cambia la mirada del positivismo y lo convierte en uno más contemporáneo. De acuerdo a ello, esta corriente iusfilosófica nos muestra un enfoque importante acerca de la voluntad del legislador manifestada en la emisión de una norma, como la normativa relacionada al PED; en la que aun cuando de su aplicación emerjan conflictos con otras normas distintas dentro de todo el ordenamiento jurídico, lo que primaría, más bien, sería el carácter

esencial del enunciado normativo. Para esto último, es necesario aplicar criterios de resolución específicos, como el de la ley especial para cada caso en concreto, cuando se tratase de errores de calificación; o genéricos, cuando se tratase de errores de interpretación. Es decir, un punto de vista tipicista que actualmente los operadores jurídicos están obligados a cumplir, pero bajo un punto de vista que puede vulnerar derechos y principios de los imputados/demandados/indagados como es en el caso del Proceso de Extinción de Dominio.

2.1.2. Constitucionalismo y neoconstitucionalismo

El postpositivismo o constitucionalismo surge a partir de la utilización de la ponderación frente a la subsunción de la que se habló en párrafos anteriores, además de la preferencia de los principios por sobre las reglas. Es decir, tal y como lo sostiene Atienza (2017), el constitucionalismo se opone a la configuración de un sistema estatalista, legacentrista y formalista interpretativo. De esa manera, el entendimiento del postpositivismo permite considerar la primordial aplicación de principios jurídicos; por cuanto, estos desarrollan una solución a partir de un deber ser que no necesariamente involucra la posibilidad de establecer en qué momento serán aplicables estas soluciones. Por ello, el postpositivismo proporciona una dimensión valorativa con trascendencia primordial que justifica al Derecho (Aguiló, 2007). Esto significa que es imperioso utilizar a los principios mediante un razonamiento contrapuesto al subsuntivo; o sea, es necesario

utilizar la ponderación sobre la base de un control protector y promocional de derechos.

Interpretar la ley conforme a la constitución (enfoque constructivista del constitucionalismo, postpositivismo o no-positivismo) responde a una conversión del razonamiento político o moral con el razonamiento jurídico y viceversa. Pues bien, en ambos casos se incorporarán los fines y valores constitucionales, lo que conllevaría a la existencia de normas con mayor validez material que formal; es decir, la existencia de normas inderogables en su contenido constitucional subyacente. Como lo sostiene Aguiló (2007), la eliminación de normas cuya validez es material solo implicaría un cambio de sistema jurídico, pero no un cambio o eliminación de su contenido.

De esa manera, aun cuando el PED ha dejado de lado ciertas normas de rango legal que permiten una mejor defensa, el contenido constitucional de estas normas prescindidas, permanece intacto porque es un contenido material con validez e inderogabilidad. Para entenderlo mejor, basta un solo ejemplo: el PED ha prescindido de la prerrogativa legal, que se encuentra en distintos procesos, de que la carga de la prueba le corresponde a la parte que alega los hechos; no obstante, incluso prescindiendo de aquella prerrogativa, el contenido constitucional que irradia en todo sistema jurídico es de que la contraparte mantenga su derecho de defensa intacto y por tal no debe ser vulnerado.

Comanducci *et al.* (2009) menciona una serie de particularidades del constitucionalismo; siendo las principales: su rigidez, la prevalencia de la constitución sobre las normas de rango inferior, la interpretación constitucionalizada de las normas, la aparición de principios subyacentes dentro de la constitución, y de las normas en general, y la garantía territorial capaz de darles protección y sobreprotección a las personas sin distinción alguna. Ahora bien, hay que señalar, de la misma forma que, como lo especifica y desarrolla Comanducci *et al.* (2009), el constitucionalismo puede resumirse en una constitucionalización de los sistemas jurídicos, de forma que cada uno de ellos llegue a poseer una constitución formalizada como norma suprema cuyas características elásticas permitirán que las corrientes neoconstitucionalistas emerjan, difieran y en algunos casos converjan en los puntos más comunes con las concepciones clásicas del positivismo que también es clásico. Es por eso que para analizar el constitucionalismo es necesario desarrollar sus vertientes conocidas como metodológicas, teóricas e ideológicas. De esa manera, ya no se hablará de un constitucionalismo puro, sino, más bien, de un neoconstitucionalismo provisto de adecuadas características estructurales y doctrinales. Por ejemplo, el neoconstitucionalismo teórico admite que el eventual enlace entre derecho y moral, es posible. De allí que la interpretación constitucional sea diferente que la interpretación de la norma con rango inferior a aquella. Por otra parte, el

neoconstitucionalismo ideológico, es lo más parecido al constitucionalismo clásico, por cuanto la reducción interpretativa, y conceptual, es la ponderación y el reconocimiento no solo de lo que se ha denominado como reglas, sino de principios implícitos en el ordenamiento jurídico cuyo origen es una moral dotada de objetividad; es decir, no niega el enlace entre la moral y el derecho, sino que asegura su necesidad y preservación. Finalmente, se debe hacer mención al neoconstitucionalismo metodológico que tampoco niega la ligazón entre el derecho y la moral, pero admite que no es necesario del todo, sino justificante en un todo. Es decir, una concepción similar al positivismo excluyente con la clara diferencia de que en el neoconstitucionalismo el derecho y la moral se conectan a través de un puente que son los derechos reconocidos como fundamentales y los principios que emanan de la constitución. Por tal motivo, es posible que cuando el legislador (a través del Poder Ejecutivo debido a las facultades legislativas otorgadas por el congreso) haya previsto las normas referentes al PED, haya pensado más bien, en valores supremos propios de un Estado de Derecho, pero olvidando que el Estado no solo es de Derecho, sino que es un Estado Constitucional de Derecho (concepto que se desarrollará en el siguiente acápite). Es decir, por un Estado enmarcado en los principios jurídicos que son universalmente conocidos y que no deben vulnerarse bajo ninguna circunstancia ponderativa.

2.1.3. Estado constitucional de derecho

Witker (2016) manifiesta que la concepción acerca del Estado de Derecho ha ido desarrollándose según las influencias sociohistóricas bajo la concepción propia de los Derechos Humanos. El desarrollo evolutivo se erige desde los cimientos de un Estado moderno en el que básicamente somete a su imperio a las leyes que este mismo dispone. Dichas leyes son impuestas a todos los ciudadanos. Esto último constituiría una forma de Estado liberal.

No obstante, el Estado liberal, conforme lo sostiene Witker (2016), supone también un descuido de las condiciones de vida de los ciudadanos. Por tal motivo, emerge el concepto, del Estado Social en el que se busca reconocer los derechos civiles, económicos, sociales, culturales de los gobernados, lo que posteriormente evolucionaría hacia un Estado Constitucional de Derecho.

Ferrajoli, citado por Carbonell (2003), manifiesta que hablamos de Estado de Derecho, cuando nos referimos al estado legislativo en el que solo importa la validez formal de la norma y cuyo único criterio de identificación, con el derecho, es el principio de legalidad. Frente a esto, según el avance de la historia moderna, ocurre que se empiezan a revalorizar principios subyacentes que mantienen un contenido constitucional, a partir de la identificación en la norma positiva, de antinomias y de lagunas que deberán ser superadas mediante la subordinación de la norma a las garantías y principios constitucionales. Respecto de ello, se entiende

entonces como Estado Constitucional de Derecho al respeto y la satisfacción de los derechos de los individuos según la aplicación de la norma jurídica.

Para ello, se debe tener en cuenta que el método de resolución de conflictos debe seguir las siguientes prerrogativas: 1. Se debe resolver no solo con normas positivas para cada caso en concreto, sino también utilizando principios subyacentes que emanen de cada norma a través de un juicio de ponderación según lo establecido en la universalmente conocida teoría alexyana; 2. Se debe utilizar la responsabilidad moral del juzgador en las decisiones para cada caso concreto, lo que no significa perder imparcialidad si se antepone valoraciones éticas; y, 3. Se debe evitar las valoraciones netamente legalistas para argumentar decisiones jurídicas (Aguiló, 2013).

De lo mencionado, se llega a colegir que el Estado no puede convertirse simplemente en uno legalista, sino que debe centrar sus energías en darle contenido constitucional a las decisiones que se tomen en sus fueros judiciales, pero, mucho más, en los órganos de gobierno formales que emiten leyes acordes con el respeto y cumplimiento de los derechos de los ciudadanos. Por ese motivo, el PED debe estar enfocado también en garantizar aquellos derechos con contenido constitucional irradiado en toda su normativa.

2.1.4. Teoría principialista

Sieckmann (2011) sostiene que existe una clara dificultad para conceptualizar el significado de un *principio* dentro de la teoría principialista en el ámbito iusfilosófico; esto porque, dependiendo de su fuente y naturaleza de la misma, podrían existir diferentes acepciones que logren ser las más adecuadas. No obstante, sugiere tomar las concepciones harto conocidas de Dworkin y R. Alexy; es decir, entender a los principios como argumentos que guían las valoraciones normativas (y no las conductas del individuo) y, por tal, ejecutar su ponderación frente a una más que segura colisión entre estos; o entenderlos como simples mandatos de optimización.

En tal sentido, ya sea que definamos a los principios, dentro de la teoría principialista, según la contrapuesta corriente dworkiana o la pragmática corriente alexyana; es necesario tener en cuenta que, más bien, los esfuerzos de conceptualización, deben enfocarse en determinar las diferencias entre aquellas categorías que ambas teorías acogen y critican, es decir, entre las denominadas reglas y principios. No obstante, dejar sentado que las reglas suelen ser *reglas* definitivas, mientras que los principios, suelen ser *esquemas* utilizados en los juicios de ponderación, ayuda bastante para situarse dentro de la teoría principialista en la que los principios guían al operador jurídico a efectivizarlas, mediante su aplicación, la mayoría de veces que

sea posible y según las circunstancias fácticas y jurídicas atendidas a los casos generales y específicos. (Sieckmann, 2011)

Ahora bien, el hecho de que se mencione que los esfuerzos para hallar las distinciones entre reglas o principios debería ser el objetivo de la tesis principialista, se debe a que no todo el ámbito académico jurídico y filosófico lo tiene claro; por cuanto cada teórico proviene de un determinado sistema normativo (el pluralismo principialista frente al ideal moral) en el que las categorías jurídicas son distintas y en las que su adecuación parece una cuestión de mera adaptación. Pues bien, por ello, Romero (2015) sugiere una distinción práctica entre reglas y principios sobre la base de tres elementos primordiales. El primero, que a diferencia de las reglas (lo que serían todas las normas jurídicas de carácter legal e infralegal en el sistema jurídico peruano), los principios no poseen un supuesto de hecho ni una consecuencia jurídica. Frente a esto, habría que decir, que al menos los principios como mandatos de optimización, en la teoría alexyana, no poseen estos supuestos de hecho ni consecuencias jurídicas de manera explícita; pero sí podría ser de manera implícita conforme se puede argüir desde un contexto neoconstitucional.

La segunda distinción, de la que habla Romero (2015), se encuentra en la posibilidad de categorizar a los principios como entes rectores capaces de orientar las actuaciones de los individuos, a diferencia de la categoría deóntica operacionalizada

que se puede encontrar en las reglas, como son las prohibiciones, permisiones y obligaciones, y que son propias de las normas jurídicas. Finalmente, la tercera distinción, se encontraría en la demostración de que los principios pueden ser contrarios entre sí, y aun así permanecer dentro del sistema normativo sin derogarse unas con otras, de tal forma que su aplicación dependa de un juicio de ponderación; mientras que las reglas contrarias, representan una situación denominada como antinomia, cuya solución no estaría determinada por la ponderación; sino por la utilización de criterios interpretativos como son la jerarquía, la cronología y la especialidad.

Entonces, como se puede observar, la teoría principialista basa sus conceptos en distinciones entre los mandatos de optimización y las reglas definitivas o reglas subsumibles, para darle buen realce a los principios y al contenido sustantivo que los mismos irradian. Es por eso que Bernal (2007) sostiene que la acción de conceptualizar la teoría principialista llevará necesariamente a la concepción de lo que significa (y también de lo que representa) la Constitución. Y es que la Constitución, como lo sostiene Forsthoff (1975) es el embrión jurídico desde donde nacen los contenidos sustanciales, los principios, o los mandatos de optimización.

Debido a ello, es imperioso, a su vez, identificar los principios subyacentes en las normas presentes en el PED. Sobre todo, en aquellas que representan una clara vulneración de los principios y derechos recogidos en la Constitución Política del Perú.

2.1.5. Teoría de los derechos fundamentales

La teoría de los derechos fundamentales, desarrollada ampliamente por Robert Alexy, hace alusión a una fórmula lingüística textual emanada según los modos previstos por las reglas sobre la producción del derecho y la norma y que es recabada por medio de la interpretación y representa mediante una disposición interpretable (Rodríguez, 2015). Alexy (1993), sostiene que la disposición y la norma son enunciados homogéneos, pero que la disposición es el enunciado interpretado o un enunciado del discurso de las fuentes; mientras que las normas son enunciados interpretables, es decir, enunciados del discurso del intérprete. Por otro lado, Alexy (1993), también postula las diferencias entre disposición y norma estableciendo lo siguiente: 1. La disposición de derecho fundamental está representada por el texto o formulación lingüística del artículo que expresa un derecho fundamental; y, 2. La norma de derecho fundamental es una interpretación atribuida a la disposición de derecho fundamental. Estas normas, a su vez, pueden dividirse en dos: normas directamente estatuidas, que son interpretaciones que directamente derivan de la disposición; y las normas adscritas, que derivan interpretativamente de las normas directamente estatuidas, siendo resultado de un proceso interpretativo más complejo que el que permite arribar a las normas directamente estatuidas (Rodríguez, 2015).

Conforme lo establecido en líneas precedentes, se considera que las disposiciones representadas en los textos normativos, son enunciados o expresiones lógicas emitidos por el legislador; mientras que la norma, en sí, es el significado que se le otorga a las oraciones prescriptivas, enunciados o disposiciones normativas, ello a través de la interpretación (Rodríguez, 2015).

A tenor de lo referido, Alexy establece que las normas de los derechos fundamentales provienen de las disposiciones constitucionales, para ello hace mención a la constitución germana; por cuanto, la Ley Fundamental de Alemania, es equivalente a la Constitución para el caso de este ordenamiento jurídico y de la mayoría de ordenamientos jurídicos occidentales.

Pero también, Alexy (1993), establece que diferentes normas de los derechos fundamentales, mediante una argumentación iusfundamental, se encuentran subyacentes dentro de las normas expresas con jerarquía inferior, aunque no se las halle en la constitución, o como Alexy lo llama: en la Ley Fundamental.

Pero, además, para un mejor entendimiento, la teoría alexyana manifiesta que los principios son los derechos fundamentales constitucionalizados, y por lo tanto los derechos fundamentales son mandatos de optimización. Es por ello que, muchas veces, hablar de la teoría de los derechos fundamentales, significa hablar de los principios, y, en consecuencia, de la teoría principialista.

De esa manera se puede argumentar que el Proceso de Extinción de Dominio debe ser observado de acuerdo a las normas

fundamentales que subyacen dentro de las normas de rango legal que se desarrolla el proceso mencionado. Es decir, se debe tener en cuenta que estas normas poseen un contenido constitucional de derechos fundamentales que se debe respetar en un Estado Constitucional de Derecho.

2.1.6. Garantismo penal

Ferrajoli (2006) refiere que el garantismo penal guarda una concepción filosófico-política, por la importancia inequívoca del deber ser del derecho penal sin eludir su lado axiológico externo. De acuerdo a ello, toma bastante preponderancia la elaboración de modelos normativos que garanticen la tutela de derechos no solo de los afectados, por los delitos, sino también de los procesados por aquellos delitos, basado en los fines justificativos de minimización. Es decir, fines justificativos de acuerdo a la capacidad del Estado para identificar, primero, los delitos y las penas para cada uno de ellos; y, segundo, la respuesta procesal del Estado frente a los que cometen delitos. Estos criterios justificativos permitirían minimizar la violencia de los particulares y del Estado mismo.

La proyección que tienen en el ámbito penal se exterioriza mediante el respeto de las garantías sustanciales y procesales. Es decir, tal y cual lo refiere Ferrajoli (2006), las garantías están enmarcadas en el respeto de los principios de “[...] estricta legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad y culpabilidad [...] contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación

rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa [...]” (p. 7). En resumidas palabras: garantías enfocadas en la averiguación jurídica y fáctica.

En ese sentido, aunque de la norma del PED se desprenda autonomía e independencia, estas características van más dirigidas a su aspecto funcional; por lo tanto, las garantías sustanciales y materiales que emanan del Derecho Penal deben ser respetadas en el Proceso de Extinción de Dominio, más aún si se tiene en cuenta que el ejercicio punitivo del Estado (el *ius puniendi*), en ambos casos, se desglosa de un mismo hecho jurídico: la comisión de un delito.

2.1.7. Teoría de la Argumentación Jurídica

Olvera y Cota (2006) refieren que el discurso justificativo de las decisiones judiciales enmarcadas en el sometimiento de las autoridades jurisdiccionales a la constitución y a las leyes, son atendidas por la teoría de la argumentación jurídica. De ahí que la argumentación jurídica se enfoque en dos objetivos dentro del desarrollo práctico jurisdiccional; el de adecuada motivación en las decisiones judiciales y en la inequívoca legitimación de las mismas.

Ahora bien, no se puede desarrollar la teoría argumentativa sin darle paso al importante papel que cumple de la interpretación dentro de la filosofía del derecho. Una interpretación que conlleva a una utilización práctica de la teoría de la argumentación como un proceso racional destinado a brindarle justificación a las

decisiones judiciales, sobre la base de criterios objetivos diferentes a los descriptivos y desprovisto de cualquier conceptualización abstracta, como vendrían a ser los derechos constitucionalizados en principios o en mandatos de optimización (Cruceta *et al.*, 2010).

Gascón y García (2003) refieren que el consenso para determinar que la argumentación es teoría, radica en que esta permite una sistematización adecuada, conjuntamente con una conceptualización y descripción de las teorías que devienen de la misma. Además, los mismos autores advierten que la práctica del derecho vendría a ser el objeto de estudio de la Teoría de la Argumentación Jurídica y que, para ello, es necesario utilizar un metalenguaje especial para describir el discurso de los discursos de los juristas en la justificación de la motivación de las resoluciones judiciales que emiten. Además, también señalan que la TAJ posee particularidades empíricas, conceptuales y normativas. En el primer caso, vincula a las decisiones judiciales con los fenómenos sociales en un contexto de justificación exento de causas ajenas a las jurídicas. En el segundo caso, cumple el rol ya mencionado de ser conceptualizador y, de la misma forma, de sistematizar las nociones elementales, y también de compleja cognición, de la argumentación jurídica. Por último, se hablará de la perspectiva normativa de la TAJ en clara alusión al sentido prescriptivo; es decir, al sentido ordenativo de las fórmulas que se

pueda aportar para que el operador jurídico optimice su discurso argumentativo con una adecuada motivación y justificación *per se*. En líneas más explícitas, García (2004) sostiene que la TAJ mueve sus planteamientos entre la tópica y la retórica, pero también abre un tercer camino como punto intermedio al poder de decisión que tienen la autoridad judicial para resolver según su libre albedrío y al determinismo inequívoco, del ordenamiento jurídico, del juez resolutorio.

No está demás señalar que, como lo sostiene Coripuna (2016), la TAJ también centra su estudio en la relevancia que toman los casos fáciles de los casos difíciles como una muestra del efecto práctico que desarrolla la misma; todo con el afán de ir más allá de la común inferencia argumentativa que permite vincular a la premisa fáctica con la jurídica, para encontrar una deducción lógica en los casos sencillos, con la finalidad de llegar hasta una aplicación de razonamiento práctico basado en un contenido principialista que permitirá resolver los casos más complejos.

De la misma forma, Grández (2010) refiere que, debido a los casos prácticos que se presentan a nivel fáctico, es necesario que se considere una teoría integral de la argumentación jurídica que abarque distintas concepciones de la misma basado en tres dimensiones, desarrolladas ampliamente por Atienza, como son la dimensión formal, la dimensión material y la dimensión pragmática. O lo que en términos sencillos sería el juicio de subsunción, la valoración de los hechos, y la utilización de la

tópica y la retórica. La tónica para crear recursos de acuerdo a los casos difíciles (y según el sistema jurídico vigente) y la retórica para que estos recursos se utilicen según el auditorio a convencer. Por tal motivo, es necesario también desarrollar los diferentes criterios esbozados en los últimos cincuenta años sobre TAJ; pues, como lo sostiene Pinto (2003), las conceptualizaciones y planteamientos sobre la TAJ sirven de referencia para entender al Derecho, a su naturaleza y a su validez.

Pues bien, son estos mismos planteamientos y conceptualizaciones que permiten darle un viso mucho más profundo al entendimiento del PED, a su interpretación y a las consecuencias en su aplicación práctica que, de acuerdo a las hipótesis de esta investigación, vulneran determinados principios, o mandatos de optimización, y derechos reconocidos dentro del ordenamiento jurídico peruano.

En consecuencia, se desarrollan las siguientes teorías que explican de una mejor manera la Teoría de la Argumentación Jurídica dentro del Proceso de Extinción de Dominio:

A. Teoría argumentativa de Theodor Viehweg

Para la tónica, la argumentación es un problema de la específica situación problemática a tratar que el ordenamiento legal plantea la solución a invocar. No limita el libre albedrío jurídico del juez y tampoco se ciñe a las clásicas metodologías jurídicas de interpretación de acuerdo a las fuentes del

Derecho como lo son la propia norma, la dogmática y la jurisprudencia (Pinto, 2003).

García (2004) manifiesta que un tópico, un lugar común, es un argumento compuesto por diferentes fuentes, incluso normativo, que pretenden solucionar distintos casos con la validez y legitimidad suficiente como para utilizarlos dentro del razonamiento jurídico. Estas premisas pueden ir desde los básicos brocados utilizados en el derecho, hasta los principios acogidos en la norma fundamental de cualquier sistema normativo. Podría decirse que el único requisito para estos tópicos argumentativos es el consenso y la aceptación social. De allí que el autor considere que la pluralidad, o indefinición metodológica, de estos argumentos resulte, a la vez, su debilidad, porque no se puede saber cuál de todos es el más racional si, finalmente, la subjetividad, presente en la libre valoración del Juez, será quien determine la decisión final. No obstante, también sostiene que la propuesta del consenso que legitima la decisión jurídica no es una propuesta de Viehweg. Al menos no el consenso general y unánime; sino, uno que sea aceptado por los operadores jurídicos (jueces y dogmáticos) más competentes como para otorgarle justificación a su utilización. De allí que una de las grandes críticas a la tónica de Viehweg es que sea una teoría incompleta, porque solo se interesa por los argumentos

consensuados, más no en el silogismo jurídico (razonamiento jurídico) que otorga la decisión final.

Por otra parte, Gascón y García (2003) manifiestan que, en clara interpretación a lo expresado por Perelman, los tópicos de Viehweg vendrían a ser los axiomas formales utilizados en el campo jurídico, pero que, a las finales, representan una aporía dentro del mismo campo jurídico. Por cuanto, los argumentos que se puedan utilizar para desarrollar un razonamiento jurídico, muchas veces chocan con la realidad misma que se quiere solucionar, constituyéndose en un problema de compleja resolución.

De la misma manera, Suárez y Conde (2009) sostienen que una de las características esenciales de la tópica de Viehweg radica en la identificación del *topoi* en donde se ubicaran las premisas del que saldrá una única respuesta a la solución. Es decir, niega la posibilidad de la metodología sistemática para el razonamiento jurídico y le resta importancia de las conclusiones encontradas en beneficio de las premisas ubicadas.

Bajo esa misma línea, Atienza (2013) caracteriza a la tópica de Viehweg desde tres marcos de referencia. Desde el objeto de estudio relacionado al pensamiento problemático de la argumentación, es decir, desde lo que los académicos denominan como pensamiento aporético; desde el instrumento que utiliza, es decir, desde el topos o lugar común

desde donde se encontrarán los argumentos; y, finalmente, desde la actividad de búsqueda de las premisas siendo más importantes estas que las conclusiones deductivas que se puedan hallar. No obstante, Atienza también ubica el problema en los puntos de vista desde donde se desarrolla la tónica de Viehweg. Por ejemplo, está el inconveniente de la nula jerarquización de los tópicos, la escasa delimitación de los topos, o su criticable elasticidad para acoger un sinfín de premisas, y las interminables deducciones lógicas que puede conllevar el tener distintas premisas aplicadas al caso a solucionar. Sin embargo, parece que, al igual que, en la mayoría de teorías argumentativas, son sobre los casos difíciles, los casos problemáticos, o las aporías; que la utilización de la tónica vería mayor inconveniente en su aplicación.

En atención a ello, cuando se analiza el PED se observa que la situación problemática, bajo una perspectiva de la teoría argumentativa de Viehweg, sería la *relación de los bienes patrimoniales con las actividades ilícitas* y su consecuencia jurídica que, de acuerdo a la normativa de PED, conllevaría a la declaración judicial de ilicitud y la transferencia de los bienes a la esfera patrimonial del Estado.

Pues bien, utilizando la tónica de Viehweg, señalaría entonces que frente a ello existen fuentes argumentativas con validez y legitimidad suficiente para el razonamiento jurídico.

Estas fuentes van desde la propia normativa del PED hasta los principios y derechos reconocidos constitucional y convencionalmente. Tal y como se demuestra en la siguiente tabla.

Tabla 1

El PED desde una mirada de la tópica Viehweg.

CASO DIFÍCIL	RAZONAM. TÍPICO	TOPOI	PROBLEMAS
		D.L. N.º 1373	
		D.S. N.º 007-2019-JUS	
		F Irretroactividad	
		O PRINCIPIOS Cosa juzgada	
		R <i>Ne bis in idem</i>	
		M Debido	Jerarquización nula o
		A proceso	determinante
Bienes de dominio privado con vinculación ilícita	Declaración de ilicitud del bien y su transferencia a la esfera patrimonial del Estado	L DERECHOS De defensa	
		Plazo razonable	Elasticidad de los topoi
		M Prohibición de persecución ad infinitum	Interminables deducciones lógicas
		T <i>Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat</i>	
		R <i>Affirmanti incumbit probatio</i>	
		I <i>Onus probandi incumbit actori</i>	
		A Garantía de igualdad de armas	
		L Presunción de la buena fe	

Nota: Elaboración propia.

B. Teoría de la nueva retórica de Perelman

Dehesa (2007) refiere que, para entender la retórica de Perelman, es necesario, primero, aceptar que toda teoría argumentativa posee una estructura lógica en su aplicación. Mucho más, si se tiene en cuenta que es comúnmente sabido que lo que se desprende del ejercicio de la retórica es el razonamiento lógico sobre el cual se argumentará determinados asuntos. En ese sentido, cobra especial importancia en la retórica actual los instrumentos y los contenidos presentes en la argumentación como juicios de valor.

Al respecto, García (2004) señala que los juicios de valor o la decisión valorativa (que no son más que las decisiones judiciales debidamente motivadas) están sujetas a la crítica y al control del juez según la justificación de una razón que la sociedad ha estimado como estándar o apropiada según el tiempo y el lugar. Con esto podemos advertir el papel fundamental que cumple el juez, pero que de ninguna manera significa que éste provea de una validez absoluta a las decisiones judiciales, sino que todo depende de la justificación argumentativa que estas tengan.

A su vez, García (2004) hace una clara advertencia acerca de la razonabilidad de la decisión. Y es que, al igual que en la mayoría de teorías argumentativas, esta empieza a ser problemática en la medida que los casos no logren que esta razonabilidad sea evidente, palpable o necesaria. Sino que, por el contrario, se deba buscar argumentos que propicien esa evidencia. En ese sentido, la retórica sirve como medio para que los argumentos puedan adherir a través de una motivación adecuada a quien deba ser adherido; es decir, al auditorio.

De esta distinción nace los conceptos clásicos (pero también modernos) de Perelman, en alusión a la distinción entre *persuasión* y *convencimiento* y entre el *auditorio particular* y el *auditorio universal*. Pues bien, para García (2004) aquella distinción es clara pues se proveerá de la retórica para

distinguir, a su vez, la racionalidad o la eficacia de la argumentación. De tal forma que, lo que ha de buscarse es la eficacia y la racionalidad del argumento, como un baremo de persuasión y convencimiento ante el tipo de auditorio al que se ha de dirigir. No obstante, también critica que, finalmente, el auditorio universal, al que se aspira tener eficacia y racionalidad con la retórica, pero sobre todo con las herramientas que utiliza, será una ficción, una construcción ideal que no tiene en cuenta ni las contingencias de la práctica ni los intereses del que elabora el argumento retórico; y mucho menos la objetividad pues nada garantiza la verdad del discurso ni lo acertado del argumento.

Gascón y García (2003) manifiestan que en la teoría de la nueva retórica de Perelman, se contraponen la lógica formal con la argumentación. Siendo que la lógica formal deviene de la necesidad del razonamiento lógico y la argumentación influida del discurso aceptado y consensuado. En atención a ello, los autores citados mencionan que existen tres elementos en la nueva retórica. El auditorio, el orador y el discurso ejercido por el orador. Siendo que el auditorio, sea particular o universal, es el elemento que posee mayor trascendencia. Por cuanto, de este dependerá observar a la efectividad del discurso y la fuerza del razonamiento que debe tener el orador. Finalmente concluyen que Perelman y la

teoría de la nueva retórica pueden resultar conservadora e insuficiente.

Por otra parte, Romero (2015) señala que la teoría argumentativa, la teoría de la nueva retórica de Perelman, tiende a ser principialista. Y esto por cuanto, las técnicas discursivas, objeto de estudio de esta teoría argumentativa, se enfocan en incitar la adherencia de una tesis, ante un auditorio particular o universal, para los casos en los que se evidencien *tensión entre principios*. Es decir, las reglas, o las normas de rango legal e infralegal, pueden ser resueltas a través de la solución del fenómeno de las antinomias; mientras que cuando exista esta *tensión entre principios* es preciso de las teorías de la argumentación para su resolución. En tal sentido, los principios como entes generales (y no abstractos como los valores) tienden a ser definibles con una función normativa (a diferencia de la función fundante y constitutiva de los valores como la justicia y la libertad, por ejemplo) y justifican la utilización de la retórica por ser problemas dentro de un mismo nivel de discurso. Ahora bien, bajo ese mismo tenor explicativo, Suarez y Conde (2009) concluyen que Perelman y su teoría de la nueva retórica propugna que el Derecho es discurso y como discurso posee una argumentación jurídica alejada del positivismo jurídico y más cerca de un derecho natural positivo que es entendido como principialista.

Por último, Romero (2015) también señala que otro de los problemas en los que se justifica la utilización de la teoría de la nueva retórica de Perelman, se centra en determinar la existencia de una lógica de los juicios de valor; es decir, en términos más prácticos, la indeterminabilidad de una lógica para las valoraciones que el juez realiza según los casos fáciles o difíciles. Es por ello que, y debido a que los juicios de valor se ven imbuidos por los intereses y convicciones del deliberador, frente a la inexistencia de una lógica concreta de los juicios de valor, se apela a la utilización de las técnicas argumentativas.

No está demás especificar el cariz de validez que se desprende del discurso y que tiene mucha importancia tanto si se tratase del auditorio particular, cuanto del auditorio universal. Pues bien, Posada (2004) manifiesta que debemos tener en cuenta que las premisas y/o tesis que conforman el discurso para un auditorio particular, no tienden a poseer una validez absoluta, tampoco estarán dotadas de una plausibilidad, o aceptación general, porque el discurso está dirigido a individuos en específico. Mientras que las tesis y/o premisas presentes en el discurso hacia el auditorio universal poseen una validez también universal, y esto porque este tipo de auditorio es una construcción ideal, provisto por entes racionales que sobrepasan el tiempo y el lugar.

Finalmente, no está demás hacer hincapié en lo mencionado por Cruceta *et al.* (2010), en atención a que la teoría de la nueva retórica de Perelman realiza algunas precisiones sobre su objeto de estudio (sobre las técnicas discursivas); empezando por el hecho de que las premisas utilizadas en el discurso, y que pueden estar dotadas de validez, representan una prueba demostrativa categórica; es decir, una prueba demostrativa que podría equipararse a las establecidas por la lógica-formal, en la que las premisas verdaderas generarán conclusiones verdaderas. Siguiendo por el hecho de que cuando la discusión se centra en la cognición de valores, las tesis o premisas que buscan la persuasión o el convencimiento suelen tener una cambiante intensidad; y llegando al hecho de que lo importante para la retórica es la adhesión más que la validez universal.

Bajo esta perspectiva, la utilización de la nueva retórica de Perelman, sirve para mostrarnos qué premisas argumentativas deben utilizarse dentro del PED, en función al destinatario final del discurso; esto es en función a un Estado Constitucional del Derecho, como auditorio universal, y en función al órgano jurisdiccional en extinción de dominio, como auditorio particular.

Para un mejor entendimiento, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 2

El PED bajo la perspectiva de la nueva retórica de Perelman.

CASO DIFÍCIL	RAZONA JURÍDICO	GRADO DE ADHESIÓN Y DISCURSO	AUDITORIO	OBJECION A LOS ARGUMENT.
		P <i>Lógica</i>		
		E <i>Formal</i>	P	
		S D.L. N.º	A	
		U 1373	R	
		A D.S. N.º	T	
		C 007-2019-	I	
		I JUS	C	
		O	U	
		N	L	
			A	
			R	
		Razonam. Dialéctico		
		Prohibición de retroactividad ad.		
Bienes de dominio privado con vinculación ilícita	Declaración de ilicitud del bien y su transferencia a la esfera patrimonial del Estado	C		
		O		
		N		
		V	U	
		E Cosa juzgada	N	
		N <i>Ne bis in idem</i>	I	
		C Debido proceso	V	
		I	E	
		M Derecho de defensa en la carga probatoria	R	
		I	S	
		E	A	
		N	L	
		T		
		O		
		Plazo razonable.		

Nota: Elaboración propia.

C. Teoría argumentativa de Toulmin

Pinto (2003) sostiene que la teoría argumentativa de Toulmin todavía se encuentra en camino y, quizá, ha perdido vigencia en la actualidad a diferencia de otras teorías mucho más estructuradas. Sin embargo, Suarez y Conde (2009) sostienen que, a partir de Toulmin, la teoría de la argumentación jurídica adquiere prestigio y seriedad por utilizar elementos de la filosofía analítica para describir una teoría argumentativa estructurada según un modelo

conformado por elementos objetivos como son una pretensión, una razón, unas garantías y un respaldo.

Por otra parte, Posada (2004) refiere que, para Toulmin, argumentar es realizar una acción compleja, sobre la base de encontrar una conexión entre premisas y conclusiones. Además, al igual que diferentes autores, especifica los elementos de la teoría argumentativa de Toulmin, dividiéndolos en cuatro. Para Posada (2004), estos elementos varían según las traducciones que se han hecho de la obra de Toulmin, pero están representados básicamente por las *aseveraciones*, los *fundamentos*, los *respaldos* y las *garantías*.

Ahora bien, como ya se ha especificado estos elementos varían según la traducción y adaptaciones, análisis, de la teoría de Toulmin, como lo que sucede en el estudio que Atienza realiza respecto de ello. Pues bien, Atienza (2005) refiere que los cuatro elementos desarrollados por la comunidad académica, aplicados para la argumentación jurídica, vendrían a ser la *pretensión*, es decir lo que se pedirá, *las razones*, que son los fundamentos de hecho, *las garantías*, que son los fundamentos de derecho en su sentido normativo, y *los respaldos*, que son los fundamentos de derecho en su sentido de enunciado normativo propiamente dicho. De esa manera la pretensión deberá ser relevante, las razones deberán estar constituidos por los hechos en

específico del cual se desprende la pretensión, las garantías deberán ser el ente abstracto de naturaleza legal o principialista, es decir la norma, que ampara la pretensión, los respaldos vendrían a ser la normativa sistematizada, es decir el enunciado normativo.

No obstante, Atienza (2005) también sostiene que los cuatro elementos señalados, *ut supra*, pertenecen al modelo simple de la teoría argumentativa de Toulmin, toda vez que existen otros dos elementos que se adherirán a los anteriores y que constituirán un modelo general de la teoría argumentativa de expuesto por Toulmin. Estos dos elementos incluidos son los *cualificadores modales*; es decir, los que determinan el grado de procedencia de la pretensión respecto de los hechos; y los *condicionantes de refutación*; es decir, todo aquel argumento del oponente que debilitará la pretensión del proponente. Esto último por cuanto, el mismo Atienza señala que no existe argumentación, en su sentido de disputa argumentativa, sin una parte que plantee y ponga en cuestión determinadas pretensiones y otra parte que las refute según determinados argumentos.

Pinto (2003) también es de la idea de que los dos niveles de argumentación de Toulmin, el simple y el general, son utilizados para los casos fáciles y difíciles, pero agrega que, en el nivel general, la adición de dos elementos más (el cuantificador y las condiciones de refutación) se debe a lo que

se denomina como justificación externa del razonamiento jurídico, para los casos difíciles.

En atención a ello, el PED, y los hechos que fundamentan su aplicación, no se desprenden de los casos denominados fáciles. Lo que no quiere decir que no existan aquellos para la utilización de una simple lógica formal, utilizando el nivel simple argumentativo de Toulmin, o la justificación interna; sino que además de estos casos, la realidad nos manifiesta otras más que no pueden dejarse de lado, ni mucho menos analizarse. Para un mejor entendimiento se presentará la siguiente tabla:

Tabla 3

El PED desde la perspectiva del modelo argumentativo simple de Toulmin.

MODELO ARGUMENTATIVO SIMPLE Y GENERAL DE TOULMIN			
CLAIMS	GROUND S	WARRANTS	BACKING
Declaración de ilicitud del bien y su transferencia a la esfera patrimonial del Estado.	Bienes de dominio privado con vinculación ilícita.	Política criminal en contra de los bienes y fortunas adquiridos producto de actividades ilícitas perseguidas por el ordenamiento jurídico peruano.	D.L. N.º 1373 D.S. N.º 007-2019-JUS
MODAL QUALIFICATIONS		POSIBLE REBUTTALS	
<i>En tanto...</i>		... se respete el Derecho de Defensa.	
<i>Mientras que...</i>		... se cumpla con el Debido Proceso.	
<i>A menos que...</i>		... se ejecute un plazo prescriptivo de la acción de Extinción de Dominio.	
<i>Siempre que...</i>		... no haya un proceso paralelo o uno previamente resuelto y consentido.	
<i>Teniendo en cuenta...</i>		... el principio de buena fe del tercero.	
<i>Cuando normalmente...</i>		... no se afecte el principio de irretroactividad.	

Nota: Elaboración propia.

D. Teoría argumentativa de MacCormick

Para Gascón y García (2003) la teoría de MacCormick se centra explícitamente en el razonamiento jurídico y representa un modelo que orienta actualmente (con sus respectivas transformaciones) el carácter discrecional de las decisiones judiciales. Reconoce el carácter normativo que posee la argumentación jurídica, le da importancia a la lógica deductiva dentro de los juicios de valor, pero establece que estos no representan un mayor problema en situaciones de casos que resultan fáciles. En atención a ello, establece que para los casos difíciles; es decir, para los casos en los que la lógica deductiva no es suficiente, el razonamiento jurídico debe estar contextualizado mediante razonamientos argumentales cuyo contenido deben ser universales, consistentes, consecuentes y coherentes.

En ese sentido, Pinto (2003) manifiesta que la justificación del razonamiento jurídico es lo más trascendente dentro de la teoría argumentativa de MacCormick. Que esta justificación se ha dividido en una interna y una externa y cuya manifestación práctica es la jurisprudencia. Además, en cuanto a la persuasión detalla que esta debe ser mediante argumentos racionales, justificados, conforme a los hechos y de acuerdo a derecho. En este último punto, hace un hincapié para especificar que utilizar la norma (utilizar una justificación en derecho) conlleva a tener en cuenta que esta es

susceptible de ser una falsedad o también una verdad. Por tal motivo, es muy importante no dejar de lado la jerarquización y no confundir a la verdad con la fuerza probatoria que pueda tener el argumento. Además, Pinto (2003) reconoce que la justificación del razonamiento argumentativo conlleva a juicios de valor y estos, a su vez, representan un recurso propio de la práctica del derecho; por cuanto, primero, se hace un detallado de los hechos; segundo, se fundamentan las normas; y, tercero, se concluye mediante una terminología expresa que está expuesto a contravaloraciones. De la misma forma, Pinto (2003) establece una clara distinción entre los denominados *casos fáciles* y los comúnmente estudiados *casos difíciles*. Pues esta distinción se resume en el hecho de que representan, una con otra, un claro límite de la lógica deductiva, la lógica pura que otorga una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho enmarcado en una disposición normativa.

Por su parte Suarez y Conde (2009) refieren que en la teoría de Neil MacCormick se utilizan variables deductivas. Pero también se utilizan variables no deductivas, en un contexto de corte normativo y descriptivo que le doten de racionalidad a las decisiones judiciales. En esa misma postura, Cruceta *et al.* (2010) manifiestan que, además de la postura descriptiva-normativa, la teoría de Neil MacCormick posee un rasgo empírico sobre la base de argumentos consistentes,

coherentes y consecuencialistas. Además, reitera que la denominada justificación interna, es propicia para casos fáciles, en los que se puede utilizar el silogismo básico *modus ponens*, por lo que, en la presencia de casos difíciles, dicha justificación se limita ante la evidencia de problemas que representan estos casos, tales como: problemas de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación; ante ello, toma vital importancia el concepto de la justificación de segundo orden; es decir, una justificación externa. Por su parte, Atienza (2013) sostiene que la utilización de la justificación de segundo orden responde a la imposibilidad de la utilización de una lógica deductiva en los casos difíciles, pero que no se debe circunscribir únicamente en la resolución de criterios ya descritos, sino que deben utilizarse criterios de racionalidad totalmente prácticos.

Ahora bien, los problemas de interpretación, relevancia, calificación y de prueba que se presentan como sustento para la aplicación de una justificación de segundo orden, están desarrollados ampliamente por los teóricos del derecho. Romero (2005), por ejemplo, señala que lo siguiente:

Problemas de interpretación

Surgen cuando la premisa normativa puede recibir varias lecturas de interpretación, debido a la ambigüedad o vaguedad de los términos utilizados en el lenguaje. Gascón y García (2003), sobre este punto, especifican que este

problema aparece a partir de la poca claridad del alcance que posee un enunciado normativo.

Problemas de relevancia

Este tipo de problemas afectan a la premisa normativa, por cuanto existe un desconocimiento sobre las misma de parte del juez. Gascón y García (2003), respecto de lo mismo, infieren que son problemas que afectan al enunciado normativo debido a las lagunas y/o antinomias identificadas en su aplicación para cada caso en concreto.

Problemas de prueba

Este tipo de problemas afecta a la premisa menor; es decir, a la premisa fáctica, y cuya característica radica en que no hay una real correspondencia entre los hechos y la realidad. Al respecto, Gascón y García (2003) refieren que para superar este problema es necesario realizar un test de coherencia narrativa que permita vincular los antecedentes con los hechos posteriores (actuales) y viceversa pero siempre con una especial congruencia unos con los otros.

Problemas de calificación

En este tipo de problemas se prestará especial atención a los hechos; de ahí que sea un problema de la premisa menor, también, por cuanto no existe un claro encuadre entre supuesto de hecho, que conlleve a una consecuencia jurídica, dentro de la norma como ente abstracto. Gascón y García (2003) alegan que este tipo de problemas se les denomina

problemas de hechos secundarios debido a la amplitud que poseen los términos lingüísticos dentro de un contexto jurídico y la posterior imposibilidad para poder contenerlos dentro de un supuesto de hecho de la premisa normativa que se quiere aplicar.

Por otra parte, Pinto (2003) habla acerca del razonamiento jurídico en la justificación de segundo orden de la resolución de casos judiciales; de tal manera que, como la mayoría de analistas sobre la teoría de Neil MacCormick, analiza los criterios de solución basados en requisitos como la coherencia, la consistencia y el consecuencialismo; pero también en el criterio de la universalidad, aunque este representa un criterio de la justificación de primer orden, cuyo desarrollo es el siguiente:

La universalidad

En este se aplica la lógica pura, la deducción más simple de acuerdo a un presupuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Es el límite mediante el cual se puede determinar que un problema jurídico es fácil o difícil en su resolución; o lo que vendría a ser: el límite entre la justificación del primer nivel o del segundo nivel. Gascón y García (2003) señalan que, en la razón práctica, este criterio resulta fundamental por cuanto de su aplicación se puede colegir que una norma tiene aceptación moral entre todos. A tenor de lo referido, Atienza (2003) especifica que para la universalidad es necesario la

exigencia de al menos una premisa (una normativa) dentro de una norma legal o dentro de un principio; de tal manera que de su subsunción se aprecie un básico silogismo judicial de consecuencias previstas. Además, sostiene también que existe una clara diferencia entre la universalidad y la generalidad; siendo que se puede concluir que su diferencia es un problema gradual en el primero representa el límite máximo con respecto del segundo.

La consistencia

Para ello se requiere que los operadores jurídicos al aplicar el derecho, no contradigan al mismo en base a las normas que deben ser aplicadas. Gascón y García (2003) señalan que la consistencia evita las antinomias dentro del derecho, sobre todo de normas que tienen un rango inferior a aquellas que tienen un rango legal dentro del sistema jurídico contemporáneo. El respeto por la consistencia evita la vulneración del ordenamiento jurídico y la aparición de pronunciamientos *contra legem*. Atienza (2003) agrega, además, que el requisito de consistencia obliga, en materia de prueba, a ceñir la realidad actual sobre los acontecimientos pasados que constituyen el supuesto de hecho.

La coherencia

El término *coherencia* puede resultar complejo en su interpretación por lo que se ha sugerido que, sobre la base de una traducción más adecuada, se utilice el término

congruencia, más acorde en el campo jurídico. Y es que en la coherencia se observa que los presupuestos de hecho, de la premisa normativa, que deben estar enmarcados en una subsunción basada en los denominados principios y valores del derecho. Además, Pinto (2003) divide a la coherencia en dos vertientes. Una de naturaleza narrativa, y por lo tanto basado en creencias abstractas, y otra de naturaleza normativa, y por lo tanto racional y plausible. A tenor de lo mencionado, Gascón y García (2003) refieren que la coherencia es una cualidad por el que el razonamiento jurídico, y por lo tanto su justificación de segundo orden, persigue valores y principios tácitos que sistematizan todo el sistema jurídico. Atienza (2003), por su lado, expresa que, teniendo en cuenta que para la teoría de Neil McCormick, valores y principios tienen significativa equivalencia, debe entenderse a la coherencia narrativa como el conjunto de dogmas de lo que está hecho nuestra sociedad. Dogmas o creencias del tipo formalista y racional, cuando no exista un medio probatorio directo o inmediato; mientras que la coherencia normativa será del tipo formal y relativa, por cuanto devendrá de valores en el marco de una fuente formal del derecho, y relativa, porque, como todo en el derecho, dependerá de los fines y objetivos que persiga la fuente formal del derecho. Para un mejor entendimiento, Atienza (2003) refiere que una clara distinción entre coherencia narrativa y

normativa, radica en que, en el primer caso, es la propia sociedad quien plantea las creencias por el que transcurren los hechos independientemente de lo que hagan sus miembros; mientras que la segunda, la existencia de la verdad última de la norma depende de los hombres. En atención a ello, cuando la coherencia pueda resultar un asunto complejo de argumentar, es necesario apelar a la analogía y/o a los argumentos principialistas.

El consecuencialismo

Este criterio puede entenderse desde la predictibilidad de las normas jurídicas al momento de administrar justicia. Es decir, conocer las consecuencias sociales y legales que han de producirse en las resoluciones de corte judicial. Gascón y García (2003) refieren que el consecuencialismo no significa que el operador jurídico deba ser un deontologista aplicando la norma, sin tener en cuenta la repercusión que puede surgir por medio de su decisión. Y eso por cuanto, todo fallo representa una consecuencia, más aún, si entre el razonamiento y la decisión pueden avizorarse matices de resultados no tal halagüeños como se podría esperar.

Desde la perspectiva de Atienza (2003), este refiere que el consecuencialismo es un argumento como la universalidad, y está dirigido a determinar el grado de aceptación de las decisiones judiciales en relación con una gama de valores acogidos en la naturaleza jurídica de lo que se pretende

resolver. Así, por ejemplo, las consecuencias judiciales de una decisión que va en contra de ciertas aspiraciones morales, no serán las mismas en el ámbito penal que en el ámbito contractual. Permitir que se aplica la retroactividad en contra de un reo, tendría como consecuencias nefastas a los valores universales que proscriben el ejercicio violento del Estado en el control social formal que imponen a sus ciudadanos.

En ese sentido, para entender el PED desde una perspectiva teórica argumentativa de MacCormick, es necesario aclarar que el verdadero problema surge a partir de que una justificación interna, o de primer orden, no será suficiente para dotar de racionalidad a las decisiones de los operadores jurídicos en materia de extinción de dominio, porque el mismo PED involucra hechos de complejo análisis. Es decir, el carácter universal del argumento que conlleva a un clásico silogismo formal, será insuficiente con la sola subsunción y su consecuencia jurídica de la norma a los hechos planteados; pues, como ya se ha trazado, el PED posee ciertas falencias que impiden una adecuada coherencia y consistencia dentro de su aplicación y, por tal, se tendrá la necesidad de una justificación de segundo orden para casos difíciles, situación que, finalmente, demostrará los problemas de racionalidad evidenciados con el solo examen teórico de la misma norma de PED. Tal y como se detalla en la siguiente tabla:

Tabla 4

El PED analizado bajo la teoría argumentativa de Neil MacCormick.

RAZONAMIENTO DEDUCTIVO					
MODUS PONENS					
PRESUPUESTO		CONSECUENCIA			
J U S	Bienes de dominio privado con vinculación ilícita.	Declaración de ilicitud del bien y su transferencia a la esfera patrimonial del Estado.	Criterios de Racionalidad	Coherencia	x
				Consistencia	x
				Consecuencial	x
UNIVERSALIDAD					
RAZONAMIENTO NO DEDUCTIVO					
Interpretación y Relevancia			CRITERIOS DE RACIONALIDAD		
F I C A C I O N J U S T I F I C A O N	D.L. 1373		Consistencia ✓		
	- Art. 2.1 del T.P.: «...son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe...» (Art. 2.5, T.P.)		1. Prevaler los principios ante las normas establecidas en el PED.		
	- Art. 2.3 del T.P.: «...o puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél...»		2. Aplicación del PED en armonía con todo el sistema jurídico.		
	- Art. 2.9 del T.P.: «...corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo.»		3. Las premisas del PED no deben entrar en contradicción con normas válidamente establecidas.		
	D. S. N.º 007-2019-JUS		Coherencia ✓		
	- Art. 5.1: «...son nulos de pleno derecho y en ningún caso constituyen justo título.»		Normativa		
	- Art. 5.3: «...no generan relaciones ni efectos jurídicos por el paso del tiempo...»		1. El PED debe subsumirse bajo principios o valores plausibles.		
	- Art. 66: «...No sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente...»		2. El PED debe brindar racionalidad y certeza al sistema.		
	Calificación y Prueba		3. El PED no debe aplicarse aisladamente.		
	Dependiendo del caso en concreto, el PED no está exento de evidenciar limitaciones de calificación (o de hechos secundarios) y de prueba; sobre todo cuando se trata de demostrar la ilicitud de bienes patrimoniales de prolongada transmisión sucesiva.		Narrativa		
		1. El PED debe suministrar un test de relación de hechos cuando no cabe pruebas directas.			
		2. El universo fenoménico del PED debe estar dotado de principios del tipo racional.			
		3. La racionalidad del PED no implica una verdad última, objetiva e independiente.			
Consecuencialismo ✓					
		1. Las decisiones judiciales del PED debe tener sentido no solo con el sistema jurídico, sino con la sociedad en su conjunto.			
		2. La aplicación del PED no debe tener un enfoque utilitarista, por lo que se debe tomar en cuenta las repercusiones que produciría en el ámbito jurídico-social.			
		3. El PED debe buscar consecuencias jurídicas en atención a perseguir valores como la justicia, el sentido común y el respeto de derechos y principios del Estado Constitucional de Derecho.			

Nota: Elaboración propia.

E. Teoría argumentativa de Alexy

Romero (2015) que la conocidísima teoría alexyana se funda en la importancia y el análisis racional de los principios en la motivación o el razonamiento jurídico. A pesar de lo que muchos creen, la teoría de Alexy es formalista, porque utiliza conceptos básicos racionales de la justificación en las resoluciones judiciales donde toma gran importancia las definiciones de las reglas y los principios. A su vez, Romero (2015) también hace referencia a la distinción entre reglas y principios, pero, además, señala que Alexy constituye la categoría mundialmente conocida como *mandatos de optimización* en la teoría (algunos la denominan ley, o tesis) de la ponderación. Una categoría ampliamente discutida por los seguidores y críticos afines a la teoría del filósofo-jurista bávaro.

En ese sentido, Romero (2015) señala que, teniendo en cuenta la concepción implícita respecto de las denominadas *reglas*, los principios son expresiones de relevancia jurídica entendidas como mandatos de optimización. Es por ello que la teoría alexyana recoge estas nociones en la tesis de optimización que dota a los principios de un cumplimiento se en mayor o en menor medida según las posibilidades fácticas y/o jurídicas que el juez advierta a través de la denominada ley de ponderación.

Otra noción concreta acerca de la relevancia de los principios y la utilización de la ponderación para su aplicación es la comúnmente conocida como tesis de colisión. En ella se establece que la contrariedad de reglas se conoce como conflicto de las misma y cuya solución se da con la denominada cláusula de excepción para alguna de las disposiciones normativas, que no es más que la utilización de criterios de solución ante alguna antinomia. No obstante, Romero (2015) considera, de acuerdo a la teoría alexyana, que los principios como mandatos de optimización no entran en conflicto, sino que colisionan entre ellas y cuyo método de resolución sería la utilización de la ponderación que no es más que efectivizar el principio de proporcionalidad que ocasionaría una relación inversamente proporcional al grado de cumplimiento de cada una de ellas. Es decir, cuando un principio, como mandato de optimización, posea un menor grado de cumplimiento, la necesidad de cumplimiento del otro principio será mucho mayor.

A su vez Pinto (2003) sostiene que la teoría alexyana muestra dos niveles de participación de las normas dentro del ordenamiento jurídico. De esa manera, se tendrá un primer nivel o parte pasiva, y un segundo nivel o parte activa. En el primer nivel se encontrarán las reglas y principios entendidas como normas. Mientras que en el segundo nivel se encontrará

la argumentación jurídica que llevará a una interpretación de esas reglas y/o principios.

El concepto de norma es amplio y está ligado a las reglas y principios. Es más, Pinto (2003) refiere que para Alexy existe una norma fundamental que está en la escala superior de los niveles jerárquicos en la teoría del derecho. No obstante, no se puede conceptualizar a la norma sin tener en cuenta las nociones clásicas de las reglas y de los principios; pero también habría que diferenciar entre el enunciado normativo y la norma. Por tal motivo, es que la teoría alexyana establece que los principios tendrán una expectativa más general que las reglas.

En tal sentido, y teniendo en cuenta el carácter principialista de la teoría alexyana, la diferenciación entre principios será de carácter gradual en cuanto a su generalidad, lo que representaría la *tesis débil* de la separación; aunque, por otra parte, si consideramos como diferenciación al tono cualitativo entre principios, entonces se hablaría de una *tesis fuerte* de separación lo que devendría en la tesis dworkiniana de la única respuesta (Pinto, 2003).

Para finalizar, (Pinto, 2003) reitera que Alexy se apega más a la teoría débil de los principios, en los que ha contemplado criterios para su solución. Primero, establecer un sistema de prioridad entre principios; segundo, constituir una estructura de ponderación; y, tercero, determinar un sistema *prima facie*

de prioridades. De cualquier forma, estos tres criterios están dirigidos a observar el peso específico de los principios, como mandatos de optimización, seguido en utilizar la argumentación dentro del razonamiento jurídico con respecto a su mismo espeso específico, para finalmente determinar un orden de prelación definitiva de los principios colisionados cuya carga de prueba satisfará su cumplimiento.

Por esa razón, la teoría alexyna utiliza un modelo de argumentación basado en las *reglas-principios-argumentación* que permitan una respuesta concluyente sobre la base de un razonamiento absolutamente racional.

Tabla 5

El PED desde la perspectiva del modelo de Alexy.

MODELO ARGUMENTATIVO DE R. ALEXY			
RAZONAMIENTO JURÍDICO			
NIVEL			
	REGLAS	<i>D.L. 1373</i>	<u>Tesis débil de separación</u>
	(Dimensión actual)	<i>D.S. 007-2019-JUS</i>	Bajo grado de generalidad, jerarquía, fundamentalidad.
P A S I V O	PRINCIPIOS	<i>Irretroactividad</i>	<u>Tesis fuerte de separación</u>
		<i>Cosa juzgada</i>	Alto grado de generalidad, jerarquía, fundamentalidad.
		<i>Ne bis in idem</i>	<i>Tertium non datur.</i>
		<i>Debido proceso</i>	Aplicación en mayor grado posible.
A C T I V O	ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN	<i>Discurso racional como estructura base.</i>	Sistema de derechos fundamentales, con preferencia <i>prima facie</i> de los individuales frente a los colectivos.
		<i>Razonamiento práctico</i>	Evaluación y ponderación de los principios dentro del debate de casos difíciles.
		<i>Argumentación jurídica</i>	Intención de legisladores, decisión de jueces. Justificación interna o de inferencias. Justificación externa o de fundamentos no deductivos.

Nota: Elaboración propia.

F. Habermas, Peczenick y Dworkin

Atienza (2004) sostiene que la teoría de Habermas es, en esencia, el estudio de una pragmática universal, tomándole importancia al uso del lenguaje a través del cual se erigirá una condición, de verdadero o falso según las premisas y sus predicados. De ese modo, en Habermas los argumentos, se entenderán como actos del habla, como un tipo de interacción, que pueden ser constatativos, regulativos, representativos y consensuales; y que están dotados de las cinco pretensiones de validez: la inteligibilidad, veracidad, sinceridad y corrección de los contenidos propuestos y la adecuabilidad de los estándares valorativos.

Pinto (2003), además, sostiene que las formulaciones argumentales en la teoría de Habermas buscan el objetivo de tener veracidad y, por tal, aceptación de los interlocutores. De ahí que esta teoría sea consensual en la que se incluyen todas las expresiones normativas y los juicios de valor.

Ahora bien, otro rasgo que determinar en la teoría argumentativa de Habermas, es la oposición a la utilización de los principios en la argumentación ponderativa desarrollada por Alexy. Y esto por cuanto, según Atienza (2013), utilizar la ponderación es darle importancia teleológica, como valores, a los principios, y desestimando su rasgo deóntico como normas fundamentales, de tal forma que esto provocaría categorizar a los tribunales como una fuente

formal de la creación del derecho desconociendo latentemente la división de poderes propuestas por sendas teorías políticas actuales.

En tal sentido, es necesario explicar que en el PED los principios y derechos vulnerados se enmarcan en una verdad consensual de contenido y procedimiento relacionado a la presunción de la buena fe del tercero, al *onus probandi* absoluto que debe ser impuesto al Ministerio Público y a la prohibición de la persecución perpetua que premia la ineficiencia del Estado, en la persecución de los actos ilícitos, y criminaliza el tracto sucesivo de la transferencia continua en el tiempo de la propiedad.

Así mismo, para Romero (2015) la coherencia en el razonamiento jurídico es lo más importante dentro de la argumentación jurídica de Peczenick. Pero también reconoce que las construcciones en base a la ponderación de reglas y principios que actualmente se desarrollan sobre la base de la teoría de Alexy resultan ser las más adecuadas al momento de aplicar el razonamiento legal. No obstante, nos recuerda que para Peczenick no existe una teoría absoluta sobre la ponderación, porque el razonamiento legal está exento de cualquier algoritmo jurídico preestablecido. Para Romero (2015), Peczenick reconoce también la vital importancia de la moral dentro de la ponderación. Sobre todo, de los valores morales que guían el razonamiento legal a través del ejercicio

de una interpretación encausada en una argumentación flexible. El mismo autor resalta que la teoría de Peczenick reitera la no utilización de la ponderación en los casos fáciles, por cuanto estos se pueden resolver a través de un silogismo jurídico puro. Pues bien, son, en realidad, los casos difíciles, donde existe la colisión de principios, los que deberán ser ponderados en el propio contexto en el que se desarrollan. Además, se debe tener en cuenta que cuando se habla de principios, de manera general, casi siempre estos suelen ser categorizados en el marco de lo ideal. Es decir, que expresan un valor y que estos pueden reconocerse en los principios jurídicos.

Es por ello que debe prevalecer un modelo de razonabilidad en el PED para los casos difíciles basados en una interpretación encaminada en la flexibilidad del argumento a sostener en la ponderación de reglas y principios con respecto al PED.

Por otra parte, para Coripuna (2016) la teoría argumentativa de Dworkin es una creada sobre la base de las corrientes iusfilosóficas del positivismo y el iusnaturalismo. En esta, Dworkin advierte que el positivismo es un estándar creado únicamente para las reglas, es decir para las normas; pero no para los principios. Por tal, los casos difíciles en los que el modelo de solución se vea impelido por sus deficiencias, debe tomar cabida un nuevo sistema creado a partir de los

principios. Por ello es que en la teoría de Dworkin establece diferencias entre reglas y principios como características esenciales de la misma. Siendo el carácter cualitativo y cuantitativo, el modelo de reglas y de principios, la casi individualización de los principios jurídicos frente a las reglas y la escasa continuidad entre los valores y los principios jurídicos; los principales a tener en cuenta al momento de analizar la teoría dworkiniana.

Aunque, como se habrá visto, la teoría de Dworkin es contraria a los ideales del positivismo, este mismo utiliza sus fundamentos para concluir que frente a un sistema positivo, que, además, resulta impuesto; es imperioso el argumento de los principios para ligar el positivismo legal y la moral (Pinto, 2003).

Gascón y García (2003) manifiestan que la principal contribución de la teoría dworkiniana se centra en el argumento en contra del sistema positivo; pero, resaltan, no es cualquier argumento, sino uno de corte principialista. Esto porque todo el ordenamiento jurídico no está únicamente constituido por reglas deónticas, sino también por principios provenientes de la moral. Asimismo, Gascón y García (2003) refieren que no puede existir discrecionalidad de los jueces, con la finalidad de ser creadores de normas, en los casos difíciles, porque siempre habrá una respuesta correcta presente en los principios que estructuran el derecho.

Por otra parte, Romero (2015) desarrolla las ideas importantes de la teoría dworkiniana, basadas en las distinciones de reglas, principios y las directrices. Pues bien, al ser, la concepción de reglas, sobreentendida, cabe entonces centrarse en las otras dos. En ese sentido, las directrices no son más que modelos a seguir en un contexto, político, social o económico. Mientras que los principios serán una expresión de los valores en la búsqueda de lo que se entiende por justicia exigible. Ahora bien, estas concepciones permitirán ubicarse fácilmente dentro de la teoría dworkiniana que está compuesta centralmente en la importancia de los casos difíciles dentro del modelo de respuesta correcta que proscribe el carácter discrecional del juez dentro del razonamiento jurídico.

Pues bien, como se advierte, al igual que en las teorías precedentes la de Dworkin se caracteriza por la prevalencia del principialismo que esta investigación también sostiene que debe preponderar en la interpretación de la normativa del PED que vulnera los derechos y principios posteriormente expuestos. Y es que es necesario recalcar que la normativa del PED no solo debe estar enmarcado en reglas deónticas, sino que debe perseguir principios imbuidos en valores como la justicia, el bien común y la seguridad jurídica que el Estado debe garantizar. Para un mejor entendimiento se presenta la siguiente tabla:

Tabla 6

El Proceso de Extinción de Dominio desde la perspectiva del modelo argumentativo de Habermas, Peczenick y Dworkin.

PRINCIPIOS Y DERECHOS VULNERADOS EN EL PED		
T.A. HABERMAS	Intencionalidad Inteligibilidad Veracidad	<p>MODELO DIALÉCTICO</p> <p>USO RACIONAL DEL ARGUMENTO</p> <ul style="list-style-type: none"> - Principios por sobre normas del PED. - Aplicación del PED en armonía con el OJ. - Racionalidad del PED dentro del sistema.
		<p>Verdad Consensual</p> <p>ACUERDO</p> <p>Contenido</p> <p>Procedimiento</p>
		<p>Presunción de buena fe</p> <p>Onus probandi</p> <p>Persecución perpetua</p>
T.A. PECZENICK	Ponderación de reglas y principios	<p>MODELO DE RAZONABILIDAD</p> <p><i>E [P°] - Principios expresan un valor y estos se reconocen en los principios jurídicos del OJ.</i></p> <p><i>Razonamiento legal del PED debe estar exento de cualquier algoritmo jurídico.</i></p> <p><i>Existen valores morales que deben guiar el razonamiento legal del PED.</i></p> <p><i>Debe existir una interpretación encaminada en una argumentación flexible.</i></p>
		<p>MODELO DE LA RESPUESTA CORRECTA</p> <p>Las deficiencias del sistema positivista crean un nuevo sistema a partir de principios en los casos difíciles del PED.</p> <p>Los ideales del positivismo en el PED son impuestos por la voluntad del legislador y no tienen continuidad con los valores.</p> <p>Se debe conectar el positivismo legal del PED con la moral presente en los principios jurídicos.</p> <p>El OJ que le dota de validez al PED no está constituido únicamente por reglas deónticas a cumplir, también están los principios.</p> <p>No debe haber discrecionalidad en los jueces, en los casos difíciles del PED pues siempre se tendrá respuesta en los principios.</p> <p>Las directrices que motivaron el PED son modelos de contexto social, político y económico, distantes de los valores.</p>
T.A. DWORKIN	Teoría Constructivista y principialista	Reglas Principios Directrices

Nota: Elaboración propia.

G. Teoría de la derrotabilidad de las normas jurídicas

García (2015) menciona que la certeza del derecho se encuentra en la literalidad del enunciado normativo. Esto se debe a que el lenguaje es utilizado como medio para crear un punto de partida en la interpretación. No obstante, toda vez que la misma literalidad implique necesariamente un modo de interpretación; esta, solo es suficiente cuando se tratan de casos que son llamados como fáciles. Es decir, aquellos en

los que, sobre la base de una subsunción abstracta, no se encuentra un problema de interpretación ni de relevancia, mucho menos de calificación, ni de prueba para el caso específico. Sin embargo, para los casos en los que la literalidad no basta, ni determina una solución jurídica plausible, sobre la base de un razonamiento jurídico concluyente; se utiliza la derrotabilidad y por tal queda sin efecto y entra en crisis la supremacía abstracta de la interpretación literal.

Coripuna (2016) refiere que la derrotabilidad se encuentra en el ámbito de aplicación del derecho y que representa un supuesto excepcional al caso específico que no implique una vulneración al principio de seguridad jurídica, ni al principio de predictibilidad para los operadores jurídicos y población en general. Ahora bien, Rodríguez (2015) establece supuestos en los que sería posible aplicar una derrotabilidad. Esto es, cuando del enunciado normativo no se desprenda una consecuencia jurídica clara para un supuesto de hecho identificado y aparentemente subsumible; y, cuando, a pesar de existe una consecuencia jurídicamente clara, no se tiene la total certidumbre de que esta sea jurídicamente justa en su aplicación.

De todas maneras, Rodríguez (2015) detalla que no se puede hablar de derrotabilidad sin tener en cuenta, las concepciones de reglas y principios y la teoría de ponderación que ha sido

desarrollada ampliamente por Alexy. Sin embargo, plantea situaciones en las que es posible aplicar una derrotabilidad sobre la base de un análisis de identificación de principios subyacentes en el caso concreto. Así, cuando exista una regla que no posee principios subyacentes claros, o se opongan a demasiados principios jurídicos, entonces esta será derrotada con absoluta soltura. No obstante, cuando exista una regla respaldada por principios subyacentes, y cuya aplicación afecta otros principios, entonces será necesaria una ponderación que derive en una derrotabilidad. Para entenderlo mejor, basta el ejemplo de la prohibición de manejar sin licencia de conducir. Es evidente que esta regla puede ser cumplida o no, además, su incumplimiento está considerado como infracción grave. Así mismo, tiene un suficiente sustento en las razones que devienen del principio de la seguridad pública. No obstante, que sucedería si el sujeto tiene al alcance un vehículo y lo maneja en razón de llevar a su cónyuge gestante a dar a luz al hospital. En este caso, la regla seguiría manteniendo su validez abstracta, pero se vería derrotada en el caso específico por el principio que recoge la integridad, la salud y la vida de una persona a través de una ponderación con otros principios (con el principio de seguridad pública).

De cualquier forma, cabe señalar que la teoría de la derrotabilidad es excepcional, aplica para el caso concreto,

puede estar sujeto al carácter discrecional del juez y necesita de una ponderación en la que se evidencia principios subyacentes que, ponderados, resultan poseer mayor fuerza argumentativa y fundamento razonable para su no cumplimiento. También es necesario señalar que evidentemente ante la no aplicación de una norma o un principio, para cada caso específico, o la colisión entre estas, y utilizando cualquier teoría argumentativa, lo que ocurriría prácticamente es la obtención de una derrotabilidad.

Por ello es que, que en la teoría de la derrotabilidad no existe una concepción clara respecto de su aplicación y su propia noción. Pero es evidente que surge no como un problema argumentativo en relación a los casos difíciles, sino como un modelo de resolución, no estándar y excepcional, ante un caso difícil en el ámbito jurídico, como puede encontrarse en la aplicación del PED por las claras vulneraciones a diferentes principios y derechos que se expondrán posteriormente.

2.2. ASPECTOS TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS

2.2.1. Derecho de propiedad

A. El derecho de propiedad

Alfageme (2018) considera que el derecho de propiedad es una institución jurídica señalada como derecho fundamental por ser uno de los más completos que le dan potestad a la persona para hacer uso y disfrute ampliamente —y con las restricciones que la ley señale— de los bienes que ésta

posee. Se trata entonces del derecho de tener acceso a la propiedad y de recibir la protección jurídica necesaria para evitar cualquier quebrantamiento que suponga una vulneración de sus características esenciales de perpetuidad, exclusividad y absolutabilidad; y que desarrollan ampliamente la jurisprudencia y la doctrina.

Entonces, el derecho de propiedad se entiende como la facultad de adquisición precedente y disposición futura de bienes que permitan, como lo refiere Avendaño (2005), un aprovechamiento —económico en la mayoría de casos— para satisfacer las necesidades de la persona. Esto se da por cuanto, el Derecho de propiedad, es también un atributo, del estatuto personal, con una complejidad jurídica enmarcada en el ámbito patrimonial según el modelo económico adoptado por la Constitución y el sistema jurídico que garantiza y limita su disponibilidad. Así pues, se debe conceptualizar al Derecho de propiedad desde un punto de vista netamente patrimonial, con matices personales en cuanto a su carácter fundamental recogido en la Carta Magna, pero siempre teniendo en cuenta el interés social (y el bien común) para su ejercicio; que, además, implique el respeto por la ley y la consideración del derecho de los terceros que pueden verse afectados por las facultades que se desglosen de dicho ejercicio. De esa manera, se debe mencionar que el derecho de propiedad es un Derecho Fundamental y como tal deberá

ser protegido en un sentido amplio enfocándose en el individuo y en la protección que suponen otros derechos fundamentales de la persona.

La protección de la propiedad está enfocada en tres aspectos amparados en la Constitución. Dos de ellos protegen el aspecto intrínseco de la propiedad. Es decir, el vínculo que existe entre bien patrimonial y el titular del mismo. Estos son: la inviolabilidad y la justificada expropiación. Pero, soslayando la segunda, (el tercer aspecto está enfocado en la parte extrínseca del ejercicio de la propiedad, que se restringe cuando existe desarmonía con el bien común o cuando su ejercicio está alejado de la ley) es la inviolabilidad de la propiedad la que se vería afectada con el PED; toda vez que, cuando se habla de ella, se entiende como un resguardo que está dirigido no solo hacia el bien, sino, de la misma forma, hacia al propietario de dicho bien.

Puesto que, como lo sostiene Carretero (1994), no se puede hablar de derecho de propiedad sin tener en cuenta la relevancia histórica social que desempeña la persona y que hace posible la existencia de las relaciones patrimoniales y los efectos jurídicos que le dotan de seguridad normativa. Dicho de otro modo —y desde un punto de vista liberal y de libre iniciativa privada—, es inconcebible hablar de propiedad (representado en su elemento fáctico de bien patrimonial) sin

tener en cuenta a la persona que hace posible su reconocimiento *erga omnes*.

Y es que la propiedad, en sí, como lo menciona Carretero (1994), cumple una función social como derecho subjetivo destinado a un fin individualista del titular del bien y se ve representado en la satisfacción de sus propias necesidades mediante su uso económico. Por tal motivo, la inviolabilidad de la propiedad supone la seguridad del propietario frente a la afectación que lo prive de su titularidad y que afecte con ello otros derechos que puedan verse involucrados. Avendaño (2005) argumenta que para ello es necesario que el Estado garantice la inviolabilidad porque no hacerlo significará no reconocer los derechos conexos a la propiedad.

Ahora bien, cabe recordar que, como lo sostiene Ronquillo (2015), el derecho de propiedad forma parte de los derechos reales como un contenido no intersubjetivo y no necesitado de la intervención de otros sujetos de derechos para su pleno desarrollo. Por tanto, el derecho de propiedad es el derecho real más importante, por antonomasia, y se constituye, de acuerdo a la normatividad vigente, como un derecho subjetivo, más que como un poder jurídico, sobre el bien que permite el *ius disponendi* y el *ius vindicandi*, aunque este último como un tributo de protección que otorga el derecho objetivo como tutela del derecho de propiedad.

Ahora bien, Ronquillo (2015) también indica que es imperioso tener cuidado entre lo que se denomina como derecho de propiedad, con el concepto de titularidad y el sentido de pertenencia sobre una cosa, sea este material o jurídica. Pues bien, el derecho de propiedad permite el vínculo entre una facultad, sea esta individual o en conjunto, y la cosa; mientras que la titularidad o sentido de pertenencia es más bien una posibilidad de acción del que ostenta el derecho de propiedad, en calidad subjetiva y la satisfacción que se quiere lograr a través de otros derechos objetivos como el *ius utendi*, el *ius frutendi* y/o el *ius abutendi*.

Por otra parte, Peñailillo (2006) refiere que el derecho de propiedad tiene una concepción analítica y sintética. Analítica por cuanto es un conjunto enumerado de prerrogativas autónomas conferidos al sujeto de derecho respecto de la cosa u objeto. Mientras que es sintética porque representa el poder pleno que tiene el titular o el que ejerce el dominio sobre el bien o cosa.

En el mismo sentido, Sánchez (2011) manifiesta que, como derecho real, la propiedad, es un ejercicio de poder casi potencialmente ilimitado que despliega el imbuido en titularidad sobre la cosa. Su característica principal está vinculada a la inviolabilidad, como un concepto histórico y filosófico, pero con restricciones propias nacidas de la propia ley. Esta aporía simultánea entre la absolutez y la limitación

legal le da una función social a la propiedad dentro de un marco constitucional del Estado sobre la base de valores como el bien común y el interés social.

Como puede observarse, entonces, el derecho de propiedad es uno constitucionalmente reconocido. Tiene un despliegue absoluto para su ejercicio, como la mayoría de derechos reales, con limitaciones propias dispuestas por un marco legal basado en la armonía e interés social, y con una protección que también nace a partir de leyes que reconocen su estatus de derecho fundamental, basado en principios y valores como la justicia y el bien común. La inmunidad de la propiedad, que no representa una invulnerabilidad propiamente dicha, permite que, frente a cuestionamientos que impidan definitivamente su libre desenvolvimiento, como la transferencia de la cosa hacia una esfera patrimonial distinta del que alega la titularidad, el afectado pueda desplegar los mecanismos jurídicos existentes para su protección dentro del campo procesal como dentro del campo argumentativo.

En tal sentido, para hablar de derecho de propiedad es necesario hablar también del papel jurídico que cumple la buena fe, el tercero y el tercero de buena fe. Toda vez que estos se ven involucrados en la celebración de todo acto que se funda en el libre ejercicio del derecho de propiedad. Por tal motivo, es propicio su desarrollo, tal y como se muestra a continuación.

B. El tercero, la buena fe y el tercero de buena fe

Otro elemento que debe tenerse en consideración es el papel que cumple el tercero cuando participa de la relación jurídica patrimonial desplegada por el titular del bien. En ese sentido, se habla de la afectación de los derechos del tercero, pero no solo a causa de la libre disposición que hace uso el titular del bien (y que puede ir en contra de la armonía del bien común y, por tal, afectar al tercero), sino de aquel tercero que forma parte de la relación jurídica y que actúa con la finalidad de generar consecuencias jurídicas que lo terminen vinculando. Pero para entender la presente categoría es necesario desarrollar la institución jurídica de la *buena fe*.

Pues bien, para Espinoza (2011), el principio de buena fe es una articulación ético-social compuesta por el deber de exigencia, respeto y colaboración del obligado para con los demás. En el campo jurídico, esta articulación está vinculada a sujetos de derechos en atención a una relación jurídica en la que estos participan. Entendido esto, su importancia radica en que su aplicación se encuentra en distintas, si no en todas, las manifestaciones del ámbito jurídico. Por tal, su naturaleza conceptual es compleja y puede ser entendida como un principio, derivado de un valor social, o una cláusula ordinaria propia de todo actuar con relevancia jurídica.

Del mismo modo, Huerta (2013) señala que la buena fe no es solo una obligación de no perjudicar a los demás, *neminem*

laedere, dentro de una relación jurídica; sino también, la obligación de salvaguardar los intereses de los otros en lo que la esfera volitiva del obligado lo pueda permitir. En tal sentido, la buena fe es además una regla social que determina parámetros del buen vivir dentro de un sistema de convivencia de armonía y de respeto comunitario. Así mismo, el autor señala que la buena fe, dentro del ámbito jurídico, es un estado psicológico constante entre el conocimiento y el desconocimiento, en donde surgen cánones primordiales como la conducta diligente y el desconocimiento de un hecho irregular. De allí su categoría de principio poliédrico, por cuanto vincula al sujeto y al comportamiento de relevancia jurídica según distintas apreciaciones éticas y, por qué no, axiológicas.

Para Ferreira (1982) la buena fe es un principio general más que un estándar o parámetro jurídico. Esto se debe a que los parámetros jurídicos no son generadores de normas jurídicas porque sirven como puntos de referencia para determinar cómo sería el comportamiento de alguien en una situación jurídica en específico. Es decir, los estándares o parámetros jurídicos poseen distintos contenidos según sea la situación jurídica que se presente. Por lo que la delimitación de *parámetro* no encaja particularmente con la naturaleza de la buena fe, al tener esta última una connotación mucho más general y que puede ser aludida dentro de cualquier situación

jurídica sin que se tenga la necesidad de detallar su contenido con holgura y erudición, sino intuirlo y presuponerlo. La utilidad de diferenciar el estándar, parámetro o canon de la buena fe con el principio de buena fe, radica en que de ello se desprende la necesidad de comprender que, siendo un principio de amplio rango, la buena fe se manifiesta en atención a un comportamiento no de diligencia (porque esta se presupone, se intuye, se tiene por realizada), sino de desidia y negligencia insuperable.

Para Sierra (2011), la buena fe es un principio general porque orienta, sobre la base de sus valores, la creación de normas jurídicas y el comportamiento racional de la sociedad. Es, además, el basamento sobre el cual reposa diversas categorías jurídicas presente en el derecho público y privado. En consecuencia, la buena fe, como principio general, es un integrador normativo cuya función tuitiva va acorde a la experiencia jurídica dentro de todos los campos relevantes del derecho.

Pues bien, como se puede notar, esta amplitud de conceptualizaciones obliga a concluir que en todas las áreas del derecho y de acuerdo a todos los operadores jurídicos, en la doctrina y en la jurisprudencia, la buena fe, como principio, tiene un desarrollo *cuasi* incalculable. Por ello, su interpretación dependerá del contexto jurídico y el caso en específico por el que se alega la buena fe. No obstante, cabe

mencionar que la buena fe, para la presente investigación, está vinculada al comportamiento de un tercero, uno que no está involucrado directamente en una relación jurídica anterior, pero que, mediante una nueva relación jurídica que precede a esa anterior, se presume en un comportamiento diligente y, por tal, cualquiera que alegase la no presencia de esta buena fe, deberá hacerlo notar, es decir, hacer notar la mala fe del tercero con respecto a la relación jurídica nueva en concreto.

De ese modo, sobre el tercero de buena fe, Alejo (2020) sostiene que esta categoría permite que las consecuencias jurídicas de un negocio jurídico no atañen a un tercero que no se ha visto involucrado en la celebración del mismo. A su vez, el mismo autor diferencia al tercero de buena fe con el tercero de buena fe registral. Señalando que este último ha celebrado un negocio jurídico a título oneroso con alguien que ha tenido inscrito en registro un derecho previo, obteniendo como consecuencia ese derecho que inmediatamente ha inscrito.

Esta última diferencia entre uno y otro no es estéril por cuanto, para la presente investigación que se desarrollará en el capítulo del PED oportuno, ello permitirá hacer notar que esta institución jurídica denominada *tercero de buena fe* se desarrolla según el grado de intervención del tercero para sustentar la persistencia y perennidad de su derecho de propiedad frente a un requerimiento de transferencia hacia el

patrimonio del Estado del bien investigado que detenta el requerido. No obstante, por ahora, es imperioso mencionar las subdivisiones, o más bien clasificaciones, de la buena fe como institución jurídica general que está vinculada al tercero. Para ello, se debe tener en cuenta que la legislación peruana vigente, la amplia jurisprudencia, y la doctrina más acertada, han desglosado una clasificación de la buena fe sobre la base del comportamiento y del estado psicológico (volitivo y cognoscitivo) del que ostenta o alega buena fe.

En tal sentido, para un mejor entendimiento se sigue la siguiente clasificación:

La buena fe subjetiva

Para Espinoza (2010), la buena fe subjetiva es un asunto de convicción, un proceso cognitivo de error o ignorancia en relación a un contexto que se cree jurídicamente correcto. Ahora bien, la buena fe subjetiva se entiende también como un problema de inexactitud en la información que genera un estado de creencia sobre una situación en concreto. Por ello, para Alejo (2020), la buena fe subjetiva se maneja sobre la base de una tesis de ignorancia, de la ausencia volitiva de búsqueda de daño a un tercero, la búsqueda de transgresión del ordenamiento jurídico, las buenas costumbres o el orden público, pero que su comprobación se da a través del cumplimiento de exigencias que permiten proteger su actuar.

Por otro lado, Pasco (2011) sostiene que la buena fe subjetiva es parte de una estándar de moralidad cuya finalidad es evitar engaños contrarios al sistema jurídico en su conjunto. Por tal, esa buena fe subjetiva puede dividirse en dos vertientes. Una buena fe subjetiva pasiva, o negativa, estipulada como un simple desconocimiento de cualquier inexactitud con relevancia jurídica sin la obligación de realizar ningún tipo de acción para sortear aquella ignorancia; y una buena fe subjetiva activa, o positiva, en la que al sujeto que alega ello, se le exige una conducta mínima, suficiente y más allá de toda duda. Es por tal motivo, que esta segunda buena fe subjetiva, constituye como un comportamiento moral y esperable en beneficio del interés común y del deber de honestidad.

Además, Sierra (2011) refiere que la buena fe subjetiva es una categoría gnoseológica porque forma parte del conocimiento. Y es que lo que se denomina como ignorancia, error, desliz, seguridad, disyuntiva, u otros, no es más que una expresión clara del conocimiento y su fenomenología en el ser humano. Ahora bien, tal y cual lo manifiesta el autor citado, el conocimiento sobre el cual está referido el principio de buena fe, es el conocimiento habitual, rutinario u ordinario. No está sujeto al conocimiento técnico ni profesional, mucho menos científico, y tiene que ver, en gran medida, con el efecto práctico, e inmediato, de su desarrollo en la vida cotidiana. Y esto por cuanto, el conocimiento dentro de las actividades del

ser humano tiene una singular relevancia jurídica por su regulación dentro de la normatividad vigente. Basta hacer una revisión del CC para darse cuenta que diferentes presupuestos de hecho, en un enunciado normativo, tienen como elemento normativo la aptitud de conocer o no conocer (positivo y negativo) un suceso relevante que origina una consecuencia jurídica. Su naturaleza, entonces, se da por el propio juicio del que alega buena fe. Sea por error, mediante una percepción distorsionada de la realidad jurídica relevante, sea por ignorancia, mediante el desconocimiento insalvable de la realidad jurídica relevante. Por tal motivo, Sierra (2011), no se equivoca cuando manifiesta que la buena fe subjetiva es un estado del intelecto.

Finalmente, Neme (2009) manifiesta que la buena fe subjetiva, como creencia, se divide en dos vertientes. Una relacionada a una buena fe subjetiva *simple*, en la que solo habrá una obligación de conciencia proba; y otra relacionada a una buena fe subjetiva *calificada*, en la que lo que se persigue es generar, consciente o inconscientemente, una ausencia de culpa mediante la presencia de sucedáneos objetivos que doten fundamento y base a la sola creencia como estado cognoscitivo de la buena fe subjetiva.

Otra de las situaciones trascendentales a tratar respecto de la buena fe subjetiva, sea por error o por ignorancia, es la protección que recibe el que alega buena fe subjetiva. Como

para el caso que nos ocupa en el PED. De allí que es oportuna la pregunta acerca de ¿cuándo la buena fe subjetiva debe ser tutelada? Al respecto, es evidente que la respuesta frente a esta pregunta debe darse en una configuración funcional de la buena fe subjetiva; es decir, en determinar cómo manobra la buena fe subjetiva. Pero esta respuesta resulta incompleta, porque la buena fe subjetiva también posee una configuración teórica-conceptual; y es esta configuración la que puede proporcionar una respuesta compleja en cuanto no en sí a su definición, sino a su demostración. De allí que es importante saber si lo demostrable es la buena fe subjetiva o si esta es presumible y lo demostrable resulta ser la ausencia de buena fe subjetiva y, por dende, la presencia de mala fe.

Al respecto, esta situación se desarrollará en los considerandos subsiguientes.

La buena fe objetiva

Espinoza (2010) sugiere que la buena fe objetiva, de acuerdo a la doctrina italiana, también se la denomina como *Corrección*, y no es más que una forma de comportamiento fácticamente comprobable. Su dependencia se centra en las particularidades que dictamina la relación jurídica y el contexto real sobre el cual se desarrollan estas. En tal sentido, la buena fe objetiva estaría constituida por criterios de comportamiento que permitirán identificar la buena fe subjetiva.

Para Alejo (2020), la buena fe objetiva pertenece a la dicotomía clásica de la buena fe, y está determinada por una conducta externa evidentemente observable; siendo además una exigencia en las principales instituciones en donde se celebran y/o inscriben actos jurídicos. Bajo esa perspectiva, la buena fe objetiva permite darle sustento a la subjetiva, en el sentido de que, para determinados actos, es necesario cumplir y agotar ciertos procedimientos en el marco de la buena fe. Es decir, con probidad, honradez, si un *animus damnandi* que pueda ocasionar sus actos, y con el absoluto cuidado de las acciones de relevancia jurídica que se están realizando.

Bajo esa misma premisa, Ferreira (1984) refiere que la buena fe objetiva se rige por comportamientos de rectitud ausentes de toda intención de dañar por el uso pleno de las facultades conferidas por cualquier cuerpo normativo en específico. Similar concepción a la de Fernández (1987), para quien la buena fe objetiva es el resultado de un estado ético y axiológico a través del ejercicio de voluntad exteriorizado de cualquier persona en una relación jurídica de singular relevancia.

De los Mozos (1965) también es de la idea de que la buena fe objetiva, en términos sencillos, no es más que una materialización sobre la cual descansa el estado del intelecto bajo una creencia exenta de toda culpa y responsabilidad. Por

tal, para el mismo autor, la buena fe objetiva, en su ámbito estructural, se presenta como un deber de rectitud; mientras que, en su ámbito funcional, se presentará como un conjunto de comportamientos, comisivos u omisivos, pero siempre envueltos en el velo de la probidad y destinados a concretar relaciones jurídicas acordes al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, hay que señalar que, según Neme (2009), la buena fe objetiva puede dividirse en dos vertientes. Una activa y otra pasiva. De cualquier forma, ambas vertientes están determinadas por el carácter ejecutivo y el nivel de involucramiento del comportamiento del que alega buena fe. Toda vez que, la vertiente activa requerirá que el que alega buena fe realice todas las acciones correspondientes a un determinado fin; cosa distinta en la vertiente pasiva que, por el contrario, esperará que un tercero realice estas acciones para concretar el determinado fin. En consecuencia, cualesquiera que sean las divisiones, todas estas estarán relacionadas a la comisividad u omisividad de la conducta del que alega buena fe.

Pues bien, para el PED es importante diferenciar el aspecto funcional y estructural de la buena fe objetiva. No obstante, esta dicotomía existente entre lo subjetivo-objetivo debe validarse en el plano procesal a través de una exigencia probatoria de forma que pueda descartarse la buena fe o por el contrario certificar su presencia dentro de las relaciones

jurídicas que quieren ser cuestionadas. Para ello, es de vital importancia mostrar cuál es el grado de exigencia de la buena fe, dentro del PED, sobre la base de una presunción o una obligación de carácter netamente procesal.

La presunción general de la buena fe

Sobre este considerando, es necesario primero determinar qué es una presunción de forma general, sus implicancias y la relevancia que esta tiene a nivel procesal. En tal sentido, debe advertirse que, como lo sostiene Sierra (2011), desde un contexto muy amplio, una presunción permite tener por acreditado, sentado, o existente, un determinado hecho, de especial preeminencia, aunque, *prima facie*, no se tenga la certeza de ella. Este *dar por sentado* facilitará generar una valoración en el razonamiento judicial del juez para resolver un determinado conflicto o incertidumbre jurídica a dilucidar. Ahora bien, la presunción, en el ámbito procesal, puede permitir una exigencia de prueba o no. De allí que, como lo manifiesta Ariano (2005), las presunciones pueden ser *iuris tantum*, es decir, pudiendo haber una prueba en contrario que enerve dicha presunción; o, *iuris et de iure*, es decir, aun cuando haya una prueba en contrario que enerve dicha presunción. Ambas categorías se manifiestan en las presunciones legales. No obstante, en las presunciones judiciales, como lo refiere la misma autora, las presunciones se desglosarán de acuerdo a la razonabilidad del argumento

jurídico, ayudado, a su vez, de indicadores relevantes y sobre la base de las máximas de la experiencia del propio juez.

Por tal motivo, las presunciones, en estos tiempos, se han convertido en un problema de prueba, y no necesariamente argumentativo, pero más que de prueba, se han convertido en un problema de presentación de pruebas. Esto en correspondencia con el criterio general del *onus probandi*; es decir, en correspondencia con la máxima legal de que el que alega los hechos tiene el deber de probarlos tal y como el que alega hechos nuevos, en contradicción con los primeros, también tiene el deber de probarlos. En consecuencia, si relacionamos el *onus probandi* con las presunciones, legales o judiciales, se debe tomar en cuenta que siempre será el ordenamiento jurídico quien tenga la última palabra. Pues es este quien definirá las reglas para las presunciones. No obstante, no está demás preguntarse, ¿y qué pasa con un principio que a veces es presumible y otras veces no, como es en el caso de la buena fe?

2.2.2. Derecho al debido proceso

El debido proceso no solo representa el fiel cumplimiento de todos los principios, derechos fundamentales y procedimientos establecidos dentro de un proceso judicial como herramientas de protección y tutela de derechos subjetivos; sino también implica la utilización de la razonabilidad y proporcionalidad dentro del marco del respeto a los derechos humanos. Al respecto, Landa (2012),

define al debido proceso como un derecho humano, cuya característica principal es la de ser un derecho continente de otros derechos o garantías formales y/o materiales.

Además, Landa (2012), también afirma que la razón de que exista un debido proceso, reconocido por órganos jurisdiccionales, es para asegurarle los derechos fundamentales dentro de un estado Constitucional de Derecho, a toda persona que desee obtener tutela jurisdiccional de derechos subjetivos a través de un proceso legal. De esa manera, se puede decir que el derecho al debido proceso, se divide en dos dimensiones reconocidas por la jurisprudencia local. Una dimensión relacionada a una parte formal, observancia a las normas, garantías y principios; mientras que la otra, relacionada a una parte sustancial, decisión judicial concebida en razón al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Es decir, por un lado, se protegerá las garantías de las partes procesales, mientras que por otro lado este derecho protegerá a la parte que lo alega frente a cualquier decisión arbitraria de las autoridades judiciales.

En tal sentido, el derecho al debido proceso implica el respeto a su contenido esencial tanto formal, cuanto sustantivo. Es decir, el respeto a la designación de un juez natural, el derecho a un procedimiento ya establecido, el derecho de defensa y el derecho a la debida la motivación; para el primero, mientras que el respeto al derecho a la razonabilidad y proporcionalidad de toda decisión

judicial, para el contenido sustantivo del derecho al debido proceso.

Así mismo, como lo sostiene Díaz (2020) el derecho al debido proceso se desarrolla en un escenario natural para todo tipo de proceso o procedimiento en el que sea objeto de discusión otros derechos de las personas o sus intereses. Para el citado autor, el derecho al debido proceso no se agota en todo tipo de disposiciones de carácter adjetivo, sino que supera a los mismos y, en la mayoría de casos, determina su validez. En tal sentido, su contenido es abierto y a la vez complejo, y es complejo porque aquello implica un reconocimiento de principios, derechos, garantías judiciales, que pueden ser vastos e interminables, pero siempre de aplicación transversal a cualquier procedimiento o proceso, incluso si este fuese privado, como en el desarrollo de las actividades empresariales, o en cualquier fuero acogido por la Carta Fundamental vigente.

A. El derecho de defensa en la carga probatoria

Montero y Salazar (2006) señalan que el derecho de defensa está íntimamente vinculado al derecho al debido proceso, a su desenvolvimiento y a su concepción, además de estar compuesto por condiciones procesales y sustanciales óptimas que se debe cumplir en un proceso cualquiera, constituyendo, de esa manera, un límite insorteable para el ejercicio jurídico del avasallador poder que posee el Estado. Estas condiciones óptimas se desarrollan sobre la base de la

protección de derechos y garantías mínimas en un proceso determinado.

Vladila *et al.* (2011) sostienen que el derecho de defensa constituye un atributo de la persona desglosado de su propia condición humana como tal. Su desarrollo teórico-dogmático y jurisprudencial se ha dado en mayor medida en materia penal, a través de cual se han especificado componentes propios que garantizan un adecuado procesamiento y enjuiciamiento del imputado; siendo uno de estos componentes que los órganos competentes administren y recopilen las pruebas necesarias para la acusación, entre otros componentes de corte garantista. No obstante, el cuidado diligente del derecho de defensa no es propio de Derecho Penal. Si bien es cierto, y a pesar de que en el ámbito civil la intensidad de protección del derecho de defensa es inapreciable, el contenido mínimo de este también es cautelosamente resguardado. Por tal, se garantiza su observancia a través del aseguramiento, primero, de poder contradecir cualquier demanda en los extremos que la pretensión esté referida, y; segundo, de poder producir prueba en los extremos de que esta sea necesaria al alegar hechos nuevos o al interponer tachas u oposiciones a las pruebas presentadas por la parte que demanda.

Así mismo, Cruz (2015) refiere que en cualquier procedimiento jurisdiccional el derecho de defensa debe ser

un derecho que el Estado pueda hacer efectiva. Su obligatoriedad deviene de la asbolutabilidad del derecho en la persona. Por algo se considera como un derecho fundamental ilimitado. Es decir, no podría extinguirse con el simple cumplimiento de normas procesales o materiales, sino que, según la situación lo amerite debido a irregularidades mostradas en el proceso, se renueva y atiende a casos particulares que evidencien una mínima sospecha de vulneración del derecho de defensa.

A tenor de lo referido, aunque la doctrina y jurisprudencia haya desarrollado extensamente y de manera reiterada el derecho de defensa, resulta imperioso señalar que dicho derecho tiene bastante implicancia en la fase probatoria de cualquier proceso. De ese modo, el derecho de defensa no solo se garantizaría con un adecuado respeto de la actividad probatoria, desde su producción hasta su actuación, sino también a través de las consideraciones mínimas sobre *la prueba*, la fuerza probatoria y lo que es mucho más, la carga probatoria elemental a la que están obligados unos u otros, no de forma arbitraria, sino en atención a principios constitucionales y a las finalidades y a la naturaleza del proceso que se está llevando a cabo.

En tal sentido, a ser la carga probatoria, y su respeto de acuerdo a las reglas mínimas (las reglas del juego procesal) de una demanda/denuncia en un proceso cualquiera, se debe

cumplir lo universalmente conocido *como affirmanti incumbit probatio*; es decir, lo normal se tiene por probado, mientras que lo anormal es lo que se debe probar, en tal sentido, quien alegue la anormalidad de algo, tiene el deber de probarlo (Pereira-Menaut, 2010).

Por otra parte, Zamora-Azevedo (2014) sostiene que la visión del *onus probandi* es distinta tanto en vía civil, cuanto más en vía penal. Esto se debe a que ambas vías procesales guardan finalidades distintas. La finalidad de la vía civil, por ejemplo, es la dilucidación de una incertidumbre jurídica (si es un proceso no contencioso) o la resolución de conflictos (cuando es un proceso contencioso). Mientras que la finalidad de la vía penal, es la búsqueda de la verdad, en principio, y la obtención de justicia, en segundo lugar, como otras más. De acuerdo a ello, el *onus probandi* para ambos está determinado por el *thema probandum*, y es sobre este que está dirigida la carga probatoria.

De tal manera que, para la vía penal, representará un límite a la búsqueda de verdad, mientras que para la vía civil, significará una afectación al estándar probatorio que se ha de utilizar para la resolución de conflictos o la dilucidación de la incertidumbre jurídica.

Ahora bien, el *onus probandi*, o carga probatoria se evidencia claramente en el Código Procesal Civil, específicamente el artículo 196 prescribe que para dar

fundamentos a la pretensión, la carga le corresponde al que alega ese interés, y; en último caso, a quien contradice la pretensión aludiendo hechos nuevos que la configuran. Al respecto, Orrego (2017) señala que el *onus probandi* no es técnicamente una obligación. Porque cuando se habla de obligación, en el ámbito jurídico, ante el incumplimiento de esta, se obtiene una sanción como consecuencia jurídica.

No obstante, el *onus probandi* es más bien una carga (algo necesario). La razón radica esencialmente en que, ante el incumplimiento de esa carga, la consecuencia jurídica inmediata no es una sanción, sino, más bien, la desestimación de su pretensión por parte de una autoridad jurisdiccional. El mencionado autor refiere que el *onus probandi* es un principio general que se exterioriza mediante una conducta impuesta para la destrucción total de una o más situaciones jurídicas en particular, como propuestas en contradicción a la situación o estado normal de las cosas.

En consecuencia, de aquel principio general, se desprende una inferencia lógica en una relación jurídica que ha judicializado, según determinadas pretensiones y alegaciones, y esta inferencia lógica es que ante la afirmación de hechos «[...] el demandado, que se limita a negar, en principio no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación [...]» (Orrego, 2017, p. 2-3).

Valderrama (2022) sostiene que otro ejemplo claro de aplicación del *onus probandi* se da en el ámbito del derecho penal. Y esto porque si se tiene en cuenta la concepción clásica de que el *onus probandi* no es más que el deber de correspondencia que tiene la carga probatoria con la parte que pretende un derecho o alega un determinado hecho y que se ve obligada a probar la existencia del derecho o del hecho; entonces, en el ámbito jurídico-penal el *onus probandi* le correspondería al Ministerio Público como ente encargado de la persecución del delito, pero sobre todo por respeto estricto al principio acusatorio que proviene del sistema acusatorio garantista de tendencia adversarial que poseen la mayoría de sistemas jurídicos de la región. En el caso del sistema penal del Perú, el artículo IV, del Título Preliminar del Código Procesal Penal se prescribe que la obligación de la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público.

Pues bien, en ese sentido está dirigida la jurisprudencia peruana, pues, como se advierte en la Sentencia de R.N. N.º 4720-2018, Lima Norte, a través del cual, respecto de la carga probatoria, se resuelve que, siendo un deber constitucional la misma, esta «[...] no puede trasladarse a quien precisamente soporta la imputación, pues ello [...] significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el juicio, sino lo que el imputado no ha podido probar como descargo [...]» (párr. 24). En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, CIDH, en el famoso caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, ha establecido que «[...] el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa [...]» (párr. 154)

Bajo este hilo argumentativo, Canelo y Castillo (2020) manifiestan que el *onus probandi* comprende los caracteres de ser: *i.* Potestativa, *ii.* Instrumental, *iii.* Protectora de un interés particular, *iv.* No comprende una sanción ante su incumpliendo, sino una pérdida de posibilidades de éxito. Además, los referidos autores sostienen que ir en contra del principio general del *onus probandi* afectaría el derecho de defensa y, por tal, cualquier imposición de carga probatoria se podría en un serio riesgo al principio de imparcialidad de la autoridad jurisdiccional, debido a que esta «[...] tiene como base el equilibrio de las desigualdades materiales en el proceso [...]; vulnera, además, el principio de igualdad de las partes, el cual supone a las partes como iguales en derechos, obligaciones, cargas, etcétera [...]» (Canelo y Castillo, 2020, p. 228).

B. Plazo razonable para la acción de extinción de dominio

Cuando se menciona el derecho a un plazo razonable inevitablemente esta investigación se refiere al plazo que determina la prescripción de la acción de extinción de dominio por parte de Estado en contra de los bienes de un investigado.

Indudablemente también esto está referido a un plazo prescriptivo y no de caducidad porque lo que se *sanciona* con ello es una inactividad prolongada por parte del titular de un derecho que en este caso es el derecho de acción que posee el Estado en contra de bienes de procedencia alejada de la normatividad legal. Este plazo razonable para el ejercicio de la acción de extinción de dominio está más cercano a la prescripción utilizada en el derecho procesal, una prescripción determinada por el tiempo estimable que tiene una persona natural o jurídica para hacer valer su ejercicio de derecho de acción a través de una demanda o una acción de naturaleza legal. Ahora bien, también este plazo razonable tiene un vínculo *facsimil* a aquel plazo utilizado en el derecho penal por el que una persona puede ser juzgada en atención a un delito imputado. De cualquier forma, y siendo que el PED tiene una naturaleza autónoma, se debe tener en cuenta que esta no posee un plazo de prescripción para el ejercicio de acción de la extinción de dominio, como sí lo tienen diferentes áreas de derecho, tales como:

- El derecho civil, que posee un plazo de prescripción adquisitiva de dominio a través del cual alguien adquiere la propiedad de un bien por el ejercicio de posesión en un tiempo determinado de 5 a 10 años. (Artículo 950, de Código Procesal Civil.)

- El derecho laboral, que posee un plazo prescriptivo para ejercitar el derecho de acción ante sede jurisdiccional por indemnización por daños y perjuicios que supletoriamente aplica lo establecido en el artículo 2001 del Código Civil.
- El derecho administrativo, cuya autoridad administrativa posee un plazo prescriptivo de 4 años para determinar la existencia de una infracción administrativa. (Artículo 252, de TUO de la LPAG.)
- El derecho penal evidentemente posee plazos de prescripción para la acción penal que varían según la naturaleza de delito. (Artículo 80 del Código Penal)
- Entre otras más.

En tal sentido, es necesario entender que la prescripción es una institución jurídica de naturaleza compleja. Tiene sus antecedentes en el Derecho Romano y ha sido acogido por la normativa occidental al poseer características valiosas en cuanto a la adquisición o a la extinción de derecho, que son en mayoría de índole real.

Pero la prescripción también es un derecho reconocido por el Estado, a través de los principios y derechos del ejercicio de la función jurisdiccional. Tal es así, que el derecho penal (y también el derecho administrativo) acoge las causales de prescripción de la acción penal, es decir, del ejercicio del *ius puniendi* del Estado en cuanto a la persecución del delito en el ámbito judicial.

Henríquez y López (2007) señalan que la prescripción es un derecho de reconocimiento y desconocimiento (positivo y negativo). De reconocimiento porque el ciudadano que la ejerce reafirma su derecho sobre un bien que ya posee y sobre el cual ha ejercido acciones de dominio que lo constituyen como propietario de aquel bien. Y será de desconocimiento, cuando el sujeto de derecho alegue una inacción en un determinado tiempo que le garantiza un derecho adicional frente a esa inacción. De cualquier forma, Henríquez y López (2007) sostienen que tanto la prescripción positiva, cuanto la negativa, como elementos creadores o extintivos de derechos, representan uno solo, dependiendo del punto de vista por el que se visualice aquella institución dentro de en una relación jurídica.

Ahora bien, será la prescripción negativa la que interese en esta investigación; por cuanto los fundamentos que la erigen están relacionados a valores generales como la seguridad social-jurídica, la consolidación de situaciones de hecho que se han prolongado en el tiempo, la prohibición de una persecución *ad infinitum* por parte del Estado y la proscripción de la incertidumbre eterna de una situación jurídica ante la ineficiencia del Estado.

2.2.3. Principio de prohibición de retroactividad de la norma

A. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica constituye una consecuencia y soporte de un Estado para desarrollar todas las actividades dentro de un contexto estable jurídico, político y socialmente. La necesidad de una seguridad jurídica parte del buen funcionamiento de la sociedad. Pérez (2000) establece que la seguridad jurídica no deja de ser un valor jurídico de “[...] los Estados de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación)” (p. 28).

De acuerdo a ello, la seguridad jurídica se manifiesta, entre otras cosas, mediante el cumplimiento de las normas y la certidumbre de que estas (salvo excepciones favorables al ciudadano) no tengan efectos retroactivos que generen incertidumbre y perjudiquen la claridad normativa dentro de todo el sistema jurídico que permite la convivencia social.

B. Prohibición de retroactividad de la norma

El principio de prohibición de retroactividad de la ley se funda en una aspiración a la seguridad jurídica que todo sistema normativo debe tener. Carbonell y Ferrer (2016), refieren que este principio busca “[...] preservar el carácter previsible del

ordenamiento y fijar temporalmente las reglas del juego, de forma que un cambio en las mismas no puede aplicarse hacia el pasado” (p. 795). Este principio llega desde épocas de la ilustración con la declaración de los derechos civiles post Revolución Francesa. De esa manera, la mayoría de ordenamientos jurídicos han constitucionalizado dicho principio, haciendo excepciones en materia penal cuando favorece al reo o investigado de un delito. La constitución peruana la regula expresamente, mientras que la jurisprudencia ha determinado que la vigencia de la norma se toma en cuenta a partir de la publicación de la misma. Esta aplicación se basa en la teoría jurídica de los hechos cumplidos para las situaciones jurídicas existentes y consecuencias jurídicas que no se hayan extinguido al momento de la entrada en vigencia de una norma.

Al respecto, Legaz y Lacambra, citado en Suárez (2006), sostienen que aplicar una norma retroactivamente iría en contra de la seguridad jurídica porque se obligaría a realizar un nuevo examen de condiciones de validez de un acto regulado por una legislación precedente. Por tal motivo, en el ámbito penal, el principio de retroactividad de la norma se manifiesta en mayor medida para proscribir cualquier pena cuya ley tenga un efecto retroactivo y desfavorable para el procesado (Suarez, 2006).

No obstante, según la consideración del mismo autor, la retroactividad es prohibida no solo para la aplicación de penas, sino también para otras sanciones o disposiciones sancionadoras como en otros ordenamientos jurídicos se realiza. Y esto porque toda sanción involucra un quebrantamiento de derechos fundamentales; por tal, los efectos producidos deben darse a partir del principio de legalidad, pero respetando la naturaleza de la prohibición de retroactividad cuando de castigos ejercidos por el Estado se tratase.

2.2.4. Principio de la cosa juzgada

Es innegable que la cosa juzgada es un derecho fundamental con doble contenido. El primero, de carácter formal, pues permite que las resoluciones judiciales con aquella calidad puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios sea por agotamiento de los mismos o por prescripción de plazo que permite su interposición. Además, el segundo contenido es material por cuanto impide que las resoluciones con aquella calidad no sean modificadas o dejadas sin efecto por alguna autoridad judicial. Es decir, en la práctica, es un derecho fundamental que frenará cualquier intento por revivir procesos en los que se ha discutido y determinado una causa y que ha generado una resolución ejecutoriada. (Landa, 2012)

De allí que, al ser la cosa juzgada un derecho fundamental, imposibilite a cualquier autoridad judicial, u órgano jurisdiccional,

cuestionar mediante contradicción la resolución que pone fin a un proceso; pero, además, garantiza que el procesado no regrese a los tribunales bajo la posibilidad de que existan nuevos pronunciamientos judiciales con el mismo objeto procesal. Por tal motivo, la cosa juzgada tendría un principio subyacente evidente como el *ne bis in idem* (Landa, 2012).

A raíz de ello, esta investigación considera que el Proceso de Extinción de Dominio vulnera este derecho fundamental. Porque aun cuando el PED sea un proceso independiente, los fundamentos serían los derivados de un proceso penal, o también civil, en el que ha habido pronunciamiento definitivo respecto del procesado y de todo lo que le rodea y que ha dado origen al proceso o tienen conexidad con el mismo.

2.2.5. Principio *ne bis in idem*

Para identificar la vulneración al principio *ne bis in idem* es necesario entender que existen conductas antijurídicas que no pueden ser sancionadas más de dos veces por la autoridad judicial. Esto, por cuanto representaría un abuso y/o arbitrariedad de parte del estado y de sus facultades para aplicar sanciones cuando lo considere necesario. Los contenidos esenciales del *ne bis in idem*, material y procesal, protegen a toda persona y están dirigidas al impedimento de que una persona reciba más de dos sanciones, pero también sea procesada más de dos veces con los mismos fundamentos. (Landa, 2012)

El mismo autor señala que para verificar la vulneración de este principio es necesario comprobar si la persecución se da a la misma persona, al mismo objeto y bajo la misma causa de persecución. De acuerdo a ello, esta investigación sostiene que el hecho de que el Proceso de Extinción de Dominio represente un proceso autónomo, no significa que pueda no vulnerarse este principio; pues, implícitamente y bajo fundamentos claramente positivistas, lo que se hace es perseguir a la misma persona de un anterior proceso cuyo objeto y causa de persecución serían también los mismos.

2.2.6. El proceso de extinción de dominio

En particular, se entiende a la extinción de dominio como aquel instrumento jurídico procesal nacido ante la ineficacia del sistema jurídico para reducir la impunidad frente a los flagelos de una criminalidad organizada que se beneficia económicamente de una fuente patrimonial obtenida de manera ilícita. El PED ostenta una autonomía peculiar en el ámbito procesal, porque, en un sinnúmero de casos, no se requerirá de una sentencia condenatoria por un delito específico. Por lo que se evidencia que la extinción de dominio dirige su desempeño estratégico hacia el patrimonio, y según aquella normativa, la persecución no es hacia el titular de este.

La UETI-CPP (2019), menciona que los efectos —hacia donde se dirige la política criminal de extinción de dominio— son todos aquellos que han servido de muchas formas como herramientas

de actividades delictivas o aquellos bienes que están dentro del tráfico jurídico-económico, pero que han sido obtenidos de manera dudosamente legal; y que benefician directa e indirectamente a investigados o condenados por actos delictuosos cuyo denominador común es el desbalance patrimonial de los mencionados.

Desde el aspecto supranacional, Zapata (2019), refiere que se tiene como antecedentes a las convenciones internacionales que delimitaron el mecanismo primigenio de la extinción de dominio y que utilizaron al decomiso, y distintas medidas cautelares de carácter real, como figuras jurídicas que en la actualidad forman parte del sustento legislativo de la extinción de dominio. Toda vez que, en estas convenciones, se exhortaba, a los países miembros, a adoptar acciones consistentes en aplicar medidas accesorias que impliquen una privación de la titularidad de los productos, o instrumentos, que deriven de una actividad ilícita a favor de un Estado que se ve perjudicado por las actividades criminales en las que se utiliza aquellos bienes para perpetrar un delito o deriven del mismo.

Si se tiene que rescatar algo de los antecedentes internacionales (a parte del fundamento explicado precedentemente), sería, además, la utilización de instituciones procesales específicas, como lo son, por un lado, la inversión de la carga de la prueba; mientras que, desde otro extremo, la falta de exigencia de una sentencia penal por un delito específico para la aplicación del

decomiso. Lo mencionado es de suma importancia, puesto que, en primer término, se deduce que el campo de aplicación, hacia donde se dirige la extinción de dominio, está vinculado exclusivamente hacia cualquier bien patrimonial de irregular fuente. Siendo así, para la inversión de la carga de la prueba, cualquier Estado se arrogaría la potestad de presumir una fuente ilícita para todo tipo de bienes que tengan vínculos delictivos, dejándole a su titular la responsabilidad procesal de enervar dicha presunción. Además, respecto de la ausencia de una sentencia penal, esto equivaldría a admitir la existencia de procesos paralelos o diferentes donde se diluciden dos cosas a la vez: una incertidumbre jurídica para los bienes patrimoniales y la existencia de una responsabilidad penal para el titular de dicho patrimonio. En atención a ello, se analizará el contenido normativo del PED, únicamente en los criterios aplicables al Proceso de Extinción de Dominio, de acuerdo al Decreto Legislativo N.º 1373 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS que representan el problema epistemológico de la presente investigación:

A. Nulidad

Este criterio de aplicación, dispuesto como principio del PED en el Decreto Legislativo N.º 1373, está referido a la nulidad de pleno derecho que poseen los bienes cuya obtención o fin sea contrario al ordenamiento jurídico.

En el mismo tenor, el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS determina a los bienes contrarios cuya procedencia o destino fuesen ilícitos, como objetos contrarios al régimen constitucional. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 7

Nulidad de pleno Derecho en el Proceso de Extinción de Dominio.

D. L. N.º 1373 Art. 2.1 del T.P.	D. S. N.º 007-2019-JUS Art. 5.1
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.	Los actos jurídicos que recaigan sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito son contrarios al régimen constitucional y legal, por tanto, son nulos de pleno derecho y en ningún caso constituyen justo título.

Nota: Elaboración propia.

Como se puede observar, la premisa normativa, para ambos casos, es clara en especificar una consecuencia jurídica ante un supuesto de hecho también evidente. El silogismo jurídico formal es manifiesto y está determinado por la nulidad de pleno derecho; es decir, una nulidad sin ninguna otra clase de voluntad que la del propio legislador y, por tal, de la norma, más que del enunciado normativo, ante una situación jurídica que vendría a ser los actos que recaigan en bienes cuyo origen (el cómo se ha obtenido) o destino (el a qué se ha destinado) de un objeto sea contrario a derecho. Ante esta situación que posee, en apariencia, una interpretación pura e

inequívoca, cabe saber si será suficiente una justificación meramente interna, al momento del ejercicio de subsunción de los hechos con el enunciado normativo; y si es que acaso la premisa posee algún problema de corte jurídico-argumentativo, que pueda convertir un caso fácil en uno difícil en el que se evidencie derechos afectados con la declaratoria de nulidad del bien cuestionado.

Y es que en el PED se establece la declaratoria de nulidad de pleno derecho (es decir con independencia de lo que refieran la voluntad de las partes) de todo bien que posea un origen o, lo que es todavía más cuestionable, destino ilícito, y no solo de los actos jurídicos que recaigan en ella. Ante ello, cabría preguntarse qué es lo que se declara ilícito, los actos jurídicos recaídos en bienes de origen o destino ilícito o los bienes de origen o destino ilícito; puesto que las normas señaladas en la Tabla N.º 12, solo hablan de los actos jurídicos recaídos en bienes. Y, además, aquellos bienes con destino ilícito pueden ser traspasados a la esfera del Estado sabiendo que el bien puede haber sido de un tercero que no tuvo conocimiento de la utilización de mismo bien, pues, en ese extremo, la norma es rígida en cuanto al traspaso hacia la esfera de Estado de aquellos bienes.

B. Autonomía

Respecto de este punto, el Decreto Legislativo N.º 1373 ha establecido la independencia del PED frente a otros procesos,

de corte civil, penal u otro. Por tal, le dota de autonomía y proscribe cualquier invocación a esperar una sentencia en esos otros procesos. Una espera que sea vista como un impedimento para que en el PED dictamine una sentencia declarando la ilicitud de los bienes cuestionados y su traslado inmediato a la esfera del Estado. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 8

Autonomía e independencia del Proceso de Extinción de Dominio.

D. L. N.º 1373
Art. 2.3 del T.P.
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.
<i>Nota:</i> Elaboración propia.

Como se puede observar, dicho enunciado normativo prohíbe cualquier exhortación a suspender el PED para tener en cuenta alguna sentencia que pueda vincularse con la petición de declaración de ilicitud de los bienes indagados y su posterior disposición de traslado a favor del Estado. No obstante, cabe resaltar que, aunque, *prima facie*, la premisa normativa no ha contemplado la posibilidad de que pueda existir una conexión fuerte y consistente entre los hechos denunciados o demandados en otros procesos y que pueda esclarecer la licitud o ilicitud de los bienes cuestionados. Ante ello, encaja el cuestionamiento de ¿qué derechos se ven

afectados frente a una omisión de verificación de hechos conexos en otros procesos con el PED? Toda vez que la uniformidad de los pronunciamientos de los órganos judiciales es una garantía del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que debe salvaguardarse y respetarse. Pero también está el hecho de que los órganos jurisdiccionales cumplan con aplicar el principio universal del *ne bis in idem*; por cuanto este tiene mayor alcance que la cosa juzgada, pues evitaría que se investiguen paralelamente (sea en un proceso o en otro) los mismos hechos por el que se ha abierto indagación en un PED.

C. Terceros de buena fe

Al respecto, el D.L. N.º 1373, ampara los derechos del tercero, no obstante, le adiciona el presupuesto de la buena fe que deberá actuar como una condición *sine qua non* necesaria. De allí que aquello resulta perjudicial para el tercero. Por ello, en lo concerniente al PED, y siendo que la cualidad del requerido puede recaer también en el tercero, la *buena fe* se vería desconocida y desnaturalizada, por cuanto sería el tercero quien deberá demostrar la existencia (a través de una prueba dinámica o inversión de la carga de la prueba de la que ya se ha hablado) de su buena fe objetiva y —lo que resulta hasta increíble— de su buena fe subjetiva. Esta falta de claridad va en contra de los preceptos doctrinarios acogidos por la legislación comparada. Y es que, si se

entiende a la buena fe subjetiva como el estado de ignorancia que conlleva a un proceder antijurídico, entonces cómo podría demostrarse aquel estado si ese mismo se desarrolla en la esfera íntima del individuo. (Neme, 2009)

En atención a ello, se considera que existe una afectación al derecho de propiedad. Obviamente que esta afectación supondría también hacia los derechos de terceros cuando se ven involucrados dentro del PED. Y es que, siguiendo el sustento de los *ítems* precedentes, los terceros estarían en una desfavorable posición, más incluso que los propios titulares del bien materia de decomiso, pues les correspondería, a ellos, demostrar el origen o destino lícito del mismo; situación que puede ser compleja, desproporcional y hasta abusiva, teniendo en cuenta que, si se diera el caso de un origen o destino ilícito, se necesitará del presupuesto de la buena fe para no verse afectados. Ahora bien, como ya se ha esgrimido, este principio de buena fe tiene un alcance múltiple y una interpretación compleja.

Asimismo, retrotrayendo hacia la concepción del derecho de propiedad, el titular del bien puede ver afectado este derecho fundamental, pues, se debe entender que, según Carretero (1994), el derecho de propiedad no puede tratarse aisladamente como un valor que solo cumple una finalidad económica; sino, además, debe verse como una institución jurídica integradora de otros derechos que vinculan a esa

actividad económica. Esto quiere decir que no se puede transgredir su inviolabilidad sin tener en cuenta que el derecho de propiedad es un derecho fundamental subyacente a otros derechos. O lo que, aplicado al caso, sería: el reconocimiento de otros derechos fundamentales aun cuando exista la posibilidad de que el origen del patrimonio no haya sido probado que sea lícito, pero tampoco haya sido probado que sea lo contrario. Pues, qué sucedería si se diese el caso de un heredero que adquiriese de un titular un único bien que representase un injustificado (pero no ilícito) incremento patrimonial; frente a ello, acaso, de declararse la extinción de dominio, ¿no se afectaría el derecho a suceder, el derecho a una vivienda, el derecho a un libre desarrollo de la personalidad, el derecho a una vida digna y otros más?

Por consiguiente, en el PED, el derecho al tercero de buena fe está desarrollado bajo un tenor contrario a lo comúnmente establecido por la doctrina. En el PED el tercero de buena fe es un sujeto de derecho que ha ejercido una actividad probatoria para demostrar la probidad en sus actos con el objetivo de conservar los bienes indagados o cuestionados; pero, también, el tercero de buena fe es un sujeto de derecho que ha demostrado una actitud y comportamiento más allá de lo que normalmente se espera. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 9

El Tercero de buena fe dentro del Proceso de Extinción de Dominio.

Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS
Art. 68
<p>El Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:</p> <p>66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.</p> <p>66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.</p> <p>66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.</p> <p>b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.</p> <p>c) Concurrir declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o la naturaleza ilícita de estos.</p> <p><i>Nota:</i> Elaboración propia.</p>

Como se puede observar, resulta algo insólito que, en comparación con otros cuerpos normativos, sea en el PED en el que más se le exija y se espere del comportamiento del tercero de buena fe. Es decir, no basta con la condición, más bien: no basta con la sola presunción de la buena fe en el accionar del tercero; sino que, además, se le exige al tercero una serie de cumplimiento que están alejados del simple proceder de la buena fe y de la protección jurídica que esta tiene en los que la alegan. Es decir, el PED comete el error de vincular al tercero con la buena fe; una buena fe condicionada;

por lo que solo hubiese bastado con nombrarlo como sujeto de derecho con el único interés de salvaguardar los bienes indagados, pero lo que se ha hecho es establecer una particularidad polémica que lo une a la buena fe, situación que, como ya se ha esgrimido, es harto compleja de demostrar si no se la considera como una presunción sujeta a una prueba de cargo que alegue ausencia de esta.

D. Aplicación en el tiempo

Quizá sea una de los criterios de aplicación más cuestionados dentro de la normativa de PED. Tanto en la misma norma, cuanto, en su reglamento, pues el PED regula explícitamente la aplicación retroactiva de su misma norma. Lo que derivaría no solo en la vulneración a la prohibición de retroactividad de la norma, sino que generaría una persecución *ad infinitum* de los hechos (y por lo tanto de los bienes y sus propietarios); y, se premiaría la ineficiencia del Estado para perseguir el delito. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 10

La aplicación en el tiempo en el Proceso de Extinción de Dominio.

D. L. N.º 1373 Art. 2.5 del T.P.	D. S. N.º 007-2019-JUS Art. 5.3
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.	Los actos jurídicos recaídos sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito, al ser nulos de pleno derecho, no generan relaciones ni efectos jurídicos por el paso del tiempo y, por tanto, pueden ser objeto de un

proceso de extinción en cualquier momento, con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo.

Nota: Elaboración propia.

Al respecto, cabe preguntarse si es que acaso la permisón de retroactividad que tiene la normativa del PED, vulnera principios reconocidos convencionalmente y recogidos por la Constitucional Política vigente; y, si es así, ¿qué implicancia tiene su ejercicio arbitrario en contra de los sujetos de derecho dentro de un Estado Constitucional de Derecho?

E. Carga de la prueba

Otro de los criterios jurídicos de aplicación es el uso de la carga dinámica de la prueba en el PED. En la normativa que regula dicho proceso, se establece una correspondencia y obligación al requerido de demostrar, vía prueba fehaciente e inequívoca, la licitud del bien indagado, en su origen y en su utilización. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 11

La carga de la prueba en el Proceso de Extinción de Dominio.

D. L. N.º 1373 Art. 2.9 del T.P.	D. S. N.º 007-2019-JUS Art. 9
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	9.1. Los derechos establecidos en el artículo 4.1 del Decreto Legislativo se circunscriben a la propia naturaleza del proceso de extinción de dominio. 9.2. En el proceso de extinción de dominio se

<p>demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo.</p>	<p>garantiza el derecho al debido proceso, el que comprende los derechos de defensa, a la prueba y a la doble instancia y consisten en lo siguiente:</p> <p>a) El derecho de defensa: en el ejercicio del principio de contradicción que corresponda a cada una de las partes procesales.</p> <p>b) El derecho a la prueba: en la posibilidad de cada una de las partes procesales de ofrecer en la etapa procesal correspondiente los medios probatorios o evidencias que le permitan sustentar su teoría del caso, actuarlos y que estos sean valorados conforme a derecho.</p> <p>c) El derecho a la doble instancia: en la posibilidad de cada una de las partes procesales de que lo resuelto por el Juez Especializado sea revisado por la Sala Especializada interponiendo los recursos previstos en el Decreto Legislativo.</p>
--	---

Nota: Elaboración propia.

Como se puede observar, la carga de la prueba se ha trasladado al requerido; en tal sentido, cabe cuestionarse si ese traslado (y dado que la consecuencia jurídica del proceso tiene una naturaleza sancionable de desprender del patrimonio un bien cuestionado de un sujeto de derecho) no representa acaso un uso desproporcionado de las prerrogativas del Estado. ¿No representa además una violencia procesal evidente acarrearle la obligación de demostrar una situación jurídica que el Ministerio Público ha

alegado? ¿Se retorna al principio puramente acusatorio de la fiscalía y se deja de lado los principios garantistas que obligaban al persecuidor de los ilícitos a demostrar, valga la redundancia, la ilicitud de unos hechos?

F. Cosa juzgada y *nen bis in idem*

Con respecto de este respecto de este criterio de aplicación, el PED acoge el principio de cosa juzgada, la garantiza a través de la fórmula universalmente conocida como la identidad del fundamento, de objeto y de sujeto. Tal como se puede advertir en la siguiente tabla:

Tabla 12

La cosa juzgada y el ne bis in idem dentro del Proceso de Extinción de Dominio.

D. L. N.º 1373 Art. 2.8 del T.P.	D. S. N.º 007-2019-JUS Art. 5.4
En materia de extinción de dominio aplica la cosa juzgada, siempre que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento.	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.

Nota: Elaboración propia.

Como se puede observar, el fundamento de la premisa normativa contempla la aplicación del principio de la cosa

juzgada; sin embargo, condiciona su aplicación a especificar que la identidad de fundamento está referida al análisis del origen o destino ilícito del bien indagado o cuestionado. En atención a ello, la premisa fáctica posee una clara contradicción en su interpretación; pues, por un lado, admite que pueden existir sentencias en otros procesos que generarían cosa juzgada; mientras que, por otro lado, restringe el campo procesal de las sentencias a que sean emitidas únicamente dentro del PED. Situación inverosímil porque ¿en qué otro proceso se tiene como pretensión y/o denuncia la declaración de que un bien sea lícito o ilícito si no es en el mismo PED?

CAPÍTULO III

3. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

La contrastación de las hipótesis parte del desarrollo del planteamiento y la contextualización del problema epistemológico. Posteriormente se especifican los objetivos a partir de las hipótesis planteadas y, sobre la base de estas, se desarrolla el marco teórico aplicando los métodos de investigación propios del derecho.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la formulación del problema fue: ¿Cuáles son los derechos y principios vulnerados en el proceso de extinción de dominio en el Perú?, y el objetivo general fue: Determinar los derechos y principios vulnerados en el Proceso de Extinción de Dominio en el Perú; se plantearon las hipótesis siguientes: *i.* Derecho de propiedad del indagado y del tercero de buena fe, *ii.* Derecho al debido proceso en su contenido del derecho de defensa en la carga probatoria y el derecho a un plazo razonable para la acción de extinción de dominio, *iii.* Principio de la prohibición de retroactividad de la norma, *iv.* Principio de la cosa juzgada y el *ne bis in idem*.

En atención a ello, se procede a contrastar las hipótesis en función al desarrollo teórico-dogmático de los objetivos que fueron analizados; teniendo lo siguiente:

3.1. SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL INDAGADO Y DEL TERCERO DE BUENA FE

Como es evidente, el derecho de propiedad se ve afectado, tanto para el propietario que en el PED tiene la categoría de requerido, porque este mismo se verá despojado de sus bienes por hechos en los que, en un proceso distinto, puede ser absuelto de hechos ilícitos imputados; con lo que vería afectado sus derechos de propiedad. Pero también, se demuestra la afectación al derecho de propiedad de los terceros de buena

fe. Esto por cuanto, en el artículo 69 del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS se ha realizado un arbitrario desarrollo de lo que constituye un tercero de buena fe, no teniendo en cuenta los argumentos básicos que posee la buena fe y delegándole la obligación al tercero de demostrar su buena fe, en lugar de que el Ministerio Público sea el que demuestre la ausencia de esta. No está demás también señalar cómo en el artículo 5.1 del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS, se ha limitado el uso del “justo título” negando la posibilidad a un tercero de prescribir un bien por el uso continuo, público y pacífico del mismo bien.

Además, no se puede entonces verificar la especial característica presumible de la buena fe, sin tener en cuenta el desarrollo doctrinario sobre lo que representan los hechos constitutivos y los hechos impeditivos. Pero, ojo, esto tampoco es definitivo. Y es que si consideramos a los hechos constitutivos como aquellos que permiten la producción de una consecuencia jurídica presente en el supuesto de hecho de una disposición normativa; y a los hechos impeditivos como aquellos hechos que privan de la producción de aquella consecuencia jurídica en la misma disposición normativa; ambos hechos tienen necesidad de prueba. Sin embargo, como lo sostiene Sierra (2011), ayuda bastante entender que, *per se*, la buena fe, en casi la totalidad de los casos en donde se acepta su invocación, no corresponde a un hecho constitutivo y mucho menos con un hecho impeditivo. Las razones saltan a simple vista. A menos de que se trate de una presunción legal *iuris et de iure*, la sola invocación de la buena fe (si se entiende también que la buena fe será siempre un hecho constitutivo) no produce la concesión de

un derecho alegado. Muchas veces, la buena fe viene acompañada de otros supuestos de hecho que colman la totalidad de la disposición normativa. Por tal, su naturaleza, aun teniendo la cualidad de presunción, es meramente complementaria.

Pero la cosa cambia si se comprende que, por sí misma, la cualidad negada, de la buena fe, impedirá, en la totalidad de las veces, y salvo una presunción *iuris et de iure*, la eficacia de una consecuencia jurídica sin la necesidad de complementos fácticos y jurídicos. Es decir, lo contrario a la buena fe sí es un hecho impeditivo, y autónomo, además, y, por lo tanto, al igual que en los hechos constitutivos, su necesidad de prueba es imperiosa y se convierte en un deber de todo aquel que la invoque.

Pero la discusión sobre la naturaleza constitutiva de la buena fe, no se agota aquí. Como lo refiere Sierra (2011), ya sea que la amplia doctrina puede sostener que, dentro de una hipótesis normativa, los hechos constitutivos son presumibles, o presuntos, y los hechos impeditivos son los necesarios de fuerza probatoria; la buena fe, tiene una especial naturaleza de ser integradora o complementaria dentro de la hipótesis normativa. Ergo, puede ser discutible la necesidad de enmarcarla dentro de aquel fenómeno normativo denominado hecho constitutivo o no, pero no se puede negar que su antítesis, la mala fe, invocada literal o tácitamente, tiene la potencia suficiente, sin que sea integradora o complementaria, para evitar la eficacia completa de una disposición normativa en particular; en tal sentido, la naturaleza de esta última será siempre la de un hecho impeditivo. Negar ello, conllevaría a aceptar un arbitrario riesgo de falta de prueba, un fenómeno procesal que conlleva a

un eventual perjuicio en contra del que alega buena fe; yendo en contra también de las premisas procesales que obligan al demandante a sustentar los hechos alegados en su propia pretensión; como es en el caso del PED, y de cuya obligación tampoco debe escapar este proceso siendo autónomo o no.

En consecuencia, si el supuesto negado de la buena fe; es decir, la mala fe, es a todas luces un hecho impeditivo y que bajo todas circunstancias debe probarse, entonces, a menos que la ley prescriba lo contrario, no estaría prohibido considerar a la buena fe como un principio general dotado de presunción refutable en el campo procesal. Para una mejor perspectiva respecto de la especial naturaleza de la buena fe, en cuanto puede ser presunta o no presunta, pero siempre integradora y complementaria, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 13

El principio de buena fe en el derecho de propiedad.

PRINCIPIO DE BUENA FE				
R A S G O S	<ul style="list-style-type: none"> - Articulación ético-social, deber de exigencia, respeto y colaboración. - Principio, de un valor social, o cláusula ordinaria de una relación jurídica. - Regla social que determina parámetros del buen vivir. - Principio poliédrico, vincula al sujeto y al comportamiento jurídica. - Obligación <i>neminem laedere</i> dentro de una relación jurídica. 			
	SUBJETIVO	GNOSOLÓGICA	<i>Simple</i>	Desconocimiento sin obligación, conciencia proba.
			<i>Cualificada</i>	Conducta mínima, suficiente, más allá de toda duda.
	OBJETIVA	CORRECIÓN	<i>Funcional</i>	Conjunto de comportamientos, comisivos u omisivos, probos.
			<i>Estructural</i>	Deber de rectitud.
¿PRESUNCIÓN?	HECHOS CONSTITUTIVOS	<i>Permiten la producción de una consecuencia jurídica.</i>	Presumibles Necesidad Prueba	BUENA FE
	HECHOS IMPEDITIVOS	<i>Impiden la producción de una consecuencia jurídica.</i>	Necesidad de Prueba	MALA FE

Nota: Elaboración propia.

3.2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN SU CONTENIDO DEL DERECHO DE DEFENSA EN LA CARGA PROBATORIA Y EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Ahora bien, cuando se analiza el derecho al debido proceso, es necesario tener en cuenta el contenido mínimo reconocido en sendas jurisprudencias del Tribunal Constitucional. Así, se tiene la STC del Expediente N.º 00579-2013-PA/TC, a través del cual se establece que el repertorio de derechos constitucionalmente protegidos es «[...] el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc. [...]» (STC EXP. N.º 00579-2013-PA/TC, 2014, párr. 18).

Como se puede advertir entonces, dentro de los innumerables derechos que el debido proceso garantiza está el derecho de defensa y quizá sea este el que importe en el Proceso de Extinción de Dominio, porque el derecho de defensa incluye otras garantías que se analizarán en la presente investigación. No obstante, no está de más recordar cómo en la STC del EXP. N.º 03433-2013-PA/TC, del 2014, se ha establecido al derecho al debido proceso como un derecho continente, porque engloba a distintos derechos de desarrollo procesal, además de garantías, que pueden ser formales y también materiales, y «[...] que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y

protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos [...]» (párr. 12).

En ese sentido, y dado que nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, el Proceso de Extinción de Dominio, no está exento de garantizar el respeto al debido proceso, aludiendo autonomía y a la taxatividad de reglas procesales impuestas.

Para un mejor entendimiento, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 14

El derecho al debido proceso.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO			
DEBIDO PROCESO	Parte Formal	Principios Derechos Garantías judiciales	DERECHO DE DEFENSA EN LA CARGA PROBATORIA
	Parte Sustancial	Razonabilidad Proporcionalidad Proscripción de la arbitrariedad	DERECHO AL PLAZO RAZONABLE DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO
	Aplicación transversal al proceso		Contenido abierto y complejo

Nota: Elaboración propia.

Siendo ello así, esta investigación considera importante mencionar los derechos que se ven afectados en el PED, el cual se detalla a continuación:

3.2.1. Sobre el derecho de defensa en la carga probatoria

Es evidente que el artículo 2.9 del T.P. del Decreto Legislativo N.º 1373 y el artículo 9 del del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS vulneran el derecho de defensa del requerido, porque trasladan la carga probatoria al mismo, planteando una carga dinámica totalmente vulneradora del derecho de defensa y de los principios básicos procesales de igualdad de armas, y de las máximas legales de que el que alega los hechos es quien tiene el deber de

probarlos. En esta posición, es el requerido quien tiene la obligación de demostrar el origen y/o destino lícito de su bien indagado, lo que, además, constituye un claro alejamiento del Estado Constitucional de Derecho y el respeto por un sistema garantista en la persecución de los ilícitos.

Por ello cabe mencionar lo referido por Ruiz (2017), quien sostiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido al derecho de defensa como una serie de requisitos que proporcionan una defensa adecuada en el ámbito procesal frente a todo accionar del Estado judicialmente o no, acogiendo el direccionamiento de casos emblemáticos vistos en la CIDH, se debe tener en consideración que existen supuestos por los cuales se evidencia la vulneración al derecho de defensa porque lo que se vulnera es el principio del *onus probandi*; pues estas afectaciones repercutirían en el hecho de que se haya desplegado una deficiente actividad probatoria. Aunque claro, si se analiza la sentencia de la CIDH, sobre el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, que menciona Ruiz (2017), esta deficiente actividad probatoria, como muestra de la vulneración del derecho de defensa, o el *no despliegue de una mínima actividad probatoria*, está más enfocado en la defensa del procesado; no obstante, esta investigación cree que puede enfocarse también en la parte demandante, como para cualquier caso de un PED, por ejemplo, y esto por cuanto en dicho proceso no hace falta una actividad probatoria suficiente para que se emita una sentencia declarando

la ilicitud del bien indagado y por tanto la transferencia del mismo a la esfera patrimonial del Estado; sino que basta con especificar que el indagado no ha desplegado la carga probatoria impuesta arbitrariamente en la ley del PED.

En tal sentido, no está demás mencionar que Landa (2012) ha sostenido que el derecho a la defensa se consigue de la interpretación de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso. Este derecho resulta ser importante porque su contenido permite “[...] garantizar que las partes del proceso tengan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar a fin de que no haya desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra” (Landa, 2012, p. 52).

No obstante, la situación de desventaja también puede estar relacionada a la concepción de la carga de la prueba, o el *onus probandi*, como parte del derecho de defensa. Y es que, como lo sostiene el mismo autor, no se puede obligar, al procesado, ni asignar abusivamente una carga excesiva que sea de difícil y hasta imposible acreditación. Sobre todo, si se tiene en consideración que, como idea general, se entiende que aquel que afirma los hechos debe probarlos. En consecuencia, el *onus probandi* le corresponde al que alega, por lo tanto, el demandante o denunciante tiene la carga de la prueba. Trasladar arbitrariamente esa carga hacia la parte indagada, demandada o denunciada, sería permitir una vulneración al derecho de defensa; pues lo que se haría, en la práctica, es sancionar no por el hecho

de lo que el denunciante, en el caso de PED, el Ministerio Público, ha probado, sino por el hecho de lo que no puede probar el indagado, denunciado o demandado, como descargo en su defensa de rechazar lo que se le imputa. En consecuencia, utilizar el concepto de la inversión de la carga de la prueba, como se ha establecido en la normativa de PED, no por el hecho de que el procesado esté en mejores condiciones de probar, sino por mandato imperativo legal, se estaría actuando de forma arbitraria y yendo en contra de los principios que un Estado Constitucional de Derecho debe proteger en el marco del respeto de los derechos fundamentales.

Para una mejor comprensión del tema, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 15

El derecho de defensa en la carga probatoria.

DERECHO DE DEFENSA			
<i>ONUS PROBANDI</i>			
C O M P O N E N T E S	Actividad probatoria	L	Principios constitucionales
		A	Finalidad de proceso
P R O D U C I O N	Producción probatoria	P	Naturaleza de proceso
		R	Reglas mínimas del proceso
N A T U R A L E Z A	Carga probatoria	U	Límite a la actuación de Estado.
		B	Afectación al estándar probatorio
T E N I D O		A	Deber de correspondencia
			La obligación probatoria
		P. PENAL	
		- No obligación.	
		- No sanción.	
		- Es condición.	
		P. CIVIL	
		- Afecta a la pretensión	

Nota: Elaboración propia.

3.2.2. Sobre el derecho a un plazo razonable de la acción de extinción de dominio

Es evidente que el artículo 2.5 del T.P. del Decreto Legislativo N.º 1373 y el artículo 5.3 del del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS vulneran el principio de prohibición de retroactividad de la norma, porque prescriben claramente su aplicación de procedencia para aquellos casos antes de la entrada en vigencia de las referidas normas. No obstante, esta investigación sostiene que aquella vulneración puede ser admitida en función al principio de razonabilidad, utilizando la ponderación argumentativa, en donde primarán los principios del ejercicio de la tutela jurisdiccional del Estado y la obligación de la persecución de los ilícitos. Sin embargo, esta investigación también considera que se debe establecer un plazo prescriptivo de la acción de extinción de dominio, todo con la finalidad de evitar cualquier arbitraria persecución *ad infinitum* por parte del Estado que, además, representa una aprobación a la ineficiencia del mismo en el seguimiento de los ilícitos de connotaciones públicas.

En ese sentido, la prescripción extintiva que interesa al PED tiene una connotación tanto civil cuanto penal en el ámbito procesal. Civil por cuanto, como lo refieren Henríquez y López (2007), la prescripción negativa ocasiona una extinción de la obligación de un acreedor y de la acción de un deudor; por lo que el deudor obtiene una libertad al transcurrir un tiempo determinado sin verse impelido de cumplir o ejecutar esa obligación. Y será de corte

penal, por cuanto es el Estado el acreedor y, según la naturaleza del PED, será quien deba encargarse de perseguir los bienes que considera de obtención ilícita para su incautación y transferencia a dominio público. No obstante, como se puede observar del tenor de la normativa sobre PED, el Estado tiene la potestad de perseguir los bienes de presunta obtención ilícita aun cuando haya transcurrido un tiempo indeterminado, un tiempo imperecedero, un tiempo infinito desde que un bien se adquirió o se utilizó de manera ilegal.

Por tal motivo, y en correspondencia con lo irracional que puede resultar ir hacia atrás en el tiempo con la finalidad de buscar una procedencia que devenga en nulidad de un bien que se presume sospechoso por causa ilícita o injustificada; es necesario mencionar que existen actos que aun cuando en la actualidad resultasen ser inválidos, por causal de nulidad, en un tiempo anterior estos mismos pudieron ser tranquilamente válidos por su legalidad jurídica o justificación social.

En consecuencia, es necesario la existencia de un plazo para la prescripción de la acción de Extinción de Dominio, de lo contrario habrá bienes que serán perseguibles perpetuamente. Claro, esta característica de imprescriptibilidad, como ya se ha mencionado, puede tener su fundamento en que nada puede estar por encima de la ley en ningún tiempo y bajo ninguna circunstancia; sin embargo, no se puede utilizar esta figura jurídica para cubrir la

inoperancia e ineficiencia del Estado en su rol de perseguir bienes con origen o destino presumiblemente ilícitos.

Para una mejor comprensión del tema, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 16

Derecho al plazo razonable de la acción de extinción de dominio.

PLAZO RAZONABLE DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO				
Prescripción Negativa frente al TIEMPO INFINITO DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE COMINIO		- Seguridad social-jurídica	S	DERECHO PENAL
	R	- Consolidación situaciones de hecho	E	
	A	- Proscripción persecución ad infinitum	M	DERECHO
	Z	- Prohibición incertidumbre perpetua	J	ADMNISTRATIVO
	O	- Sancionar la ineficiencia del Estado	A	
	N	- Imprescriptibilidad ultra excesiva	N	DERECHO LABORAL
	E	- Irracionalidad jurídico-estatal	Z	
	S	- ¿Abuso del ejercicio del ius puniendi?	A	DERECHO CIVIL

Nota: Elaboración propia.

3.3. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA NORMA

Es evidente que el artículo 2.5 del T.P del Decreto Legislativo. N.º 1373, vulnera el principio de prohibición de retroactividad de la norma. No obstante, como se ha sostenido en el acápite anterior, esta vulneración puede darse por justificada atendiendo a una ponderación; pero mitigando sus consecuencias a través de un plazo razonable de prescripción de la acción de extinción de dominio.

Como se ha sostenido, la aplicación del Proceso de Extinción de Dominio, al tener un carácter de retroactivo, implica entonces que innumerables bienes queden sujetos a una revisión sobre su procedencia así esta haya sido obtenida mediante distintos negocios jurídicos a lo largo del tiempo. Para entenderlo mejor, de acuerdo al Decreto Legislativo N.º 1373 y su reglamento; se puede colegir dos cuestiones jurídicas de suma

importancia: 1. La retroactividad de la norma; y, 2. El carácter discrecional del fiscal para iniciar un proceso teniendo en cuenta una mínima suspicacia de que el bien haya sido obtenido a través de actividades ilícitas o que, el mismo, represente un incremento patrimonial injustificado para pretender la nulidad del mismo bien.

Siendo esto así, y, en concordancia con la aplicación de la nulidad que la norma señala, no importaría entonces que un bien haya sido transferido en un tráfico jurídico constante mediante actos posteriores que sí se enmarcan dentro de la legalidad, sino que sería suficiente identificar su procedencia así haya transcurrido un tiempo indeterminado hasta el momento de iniciado el Proceso de Extinción de Dominio. Para entenderlo mejor, si se tiene la sospecha de que un determinado bien adolece de alguna causal de procedencia que sea, a su vez, causal de extinción de dominio, se aplicará entonces la norma retroactivamente para verificar todos los actos efectuados a través de los años, hasta identificar el acto que genere nulidad por ser contrario al ordenamiento jurídico.

A razón de ello, cabe preguntarse, ¿hasta qué instante en el tiempo se debe verificar la procedencia de estos bienes? Siendo que es una ley retroactiva —porque actúa con una incuestionable independencia de que las causales de extinción de dominio hayan ocurrido antes de la entrada en vigencia de la norma—, podríamos llegar al absurdo de rastrear una procedencia ilícita o injustificada hasta varias décadas atrás, incluso se podría aceptar el inverosímil hecho de que la norma pueda aplicarse así haya transcurrido varios siglos en la historia.

Es decir, estaríamos aceptando una persecución *ad infinitum* que evidentemente vulnera los derechos fundamentales mencionados en ítems anteriores.

Teniendo en cuenta ello, se advierte que el PED afecta el principio constitucional de prohibición de retroactividad de la norma, toda vez que la misma representa un atentado contra la estabilidad y seguridad del ordenamiento jurídico. Sobre todo, si se tiene en cuenta la prohibición de todo tipo de limitación de derechos y libertades que son amparados por la Constitución en concordancia con la irretroactividad de la norma (Alegría, 2016).

Para un mejor entendimiento del tema, se presenta la siguiente tabla:

Tabla 17

Principio de prohibición de retroactividad de la norma.

PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA NORMA					
Seguridad Jurídica			Prohibición de Retroactividad		
Soporte institucional	✓	Regulación constitucional	✓	P E R S E C U C I O N	¿Hasta qué instante en el tiempo se deben verificar la procedencia del PED?
Exigencia estructural	✓	Nuevo examen de validez de acto regulado precedentemente.	x		
Exigencia funcional	✓	Proscrito al ejercicio del <i>ius puniendi</i> del Estado	✓		
Certidumbre jurídica	✓	Quebrantamiento DD.FF.	x		
Cumplimiento de normas	✓				
Estado de indefensión	x				

Nota: Elaboración propia.

3.4. SOBRE EL PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA Y DEL *NE BIS IN IDEM*

El artículo 2.8 del T.P. del Decreto Legislativo N.º 1373 y el artículo 5.4 del del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS vulneran este principio básico porque someten el contenido de la identidad de fundamento, objeto y sujeto únicamente a un análisis comparativo de las sentencias que serán emitidas dentro del mismo PED, no teniendo en cuenta que en otros procesos de naturaleza jurisdiccional pueden investigarse los mismos

hechos; y, más aún, siendo que el PED no es el único proceso en el que se investigan hechos de naturaleza ilícita.

Del mismo modo, y siendo que la el principio de cosa juzgada y el principio del *ne bis in idem* comparten un análisis sobre la base de una identidad de fundamento, objeto y sujeto; pero se diferencian en que el *ne bis in idem* puede aplicarse para la prohibición de proceso paralelos; el artículo 2.3 del T.P. del Decreto Legislativo N.º 1373, vulnera este principio porque prescribe una autonomía y prohíbe una suspensión de proceso, no teniendo en cuenta que de los mismos hechos pueden surgir otros procesos en los que se esclarezca la ilicitud del bien indagado.

CAPÍTULO IV

4. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Se han desarrollado una propuesta legislativa referida a la modificación normativa del Decreto Legislativo N.º 1373 y el Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS. Específicamente se propone modificar el artículo II, en sus numerales 2.1., 2.3, 2.5, 2.8 y 2.9 del Título Preliminar del Decreto Legislativo Sobre Extinción de Dominio, D.L. N.º 1373, con incidencia en los artículos 5.1, 5.2., 5.3, 5.4, 9, y 66 del Reglamento del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, D.S. N.º 007-2019-JUS. En atención a ello se presenta el siguiente detalle de las modificaciones que se pretende con la presente propuesta legislativa.

4.1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DECRETO LEGISLATIVO N.º 1373

La presente propuesta consiste en la modificación del artículo II, en sus numerales 2.1, 2.3, 2.5, 2.8 y 2.9 del Título Preliminar del Decreto Legislativo Sobre Extinción de Dominio, D.L. N.º 1373; tal y como se detalla a continuación:

Tabla 18

Propuesta de modificación del Decreto Legislativo N.º 1373.

D. L. N.º 1373	ART. VIGENTE	ART. MODIFICADO
2.1 del T.P.	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.	Todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico, son nulos por sentencia consentida , sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe y de los derechos obtenidos por el paso del tiempo.
2.3 del T.P.	El proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza	El proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de

	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.	naturaleza jurisdiccional o arbitral, pero, es posible invocar la emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender la emisión de sentencia en aquél según discrecionalidad del juez y atendiendo al principio <i>ne bis in idem</i>.
2.5 del T.P.	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.	La acción de extinción de dominio prescribe a los 25 años de haberse producido los presupuestos para su procedencia.
2.8 del T.P.	En materia de extinción de dominio aplica la cosa juzgada, siempre que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento.	En materia de extinción de dominio aplica la cosa juzgada, siempre que exista identidad de sujeto, objeto y fundamento derivados de este proceso o de cualquier otro de naturaleza jurisdiccional.
2.9 del T.P.	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.	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 el requerido puede demostrar el origen o destino lícito del mismo en lo que fuera posible.

Nota: Elaboración propia.

4.1.1. Exposición de motivos

Tal y como se ha planteado a lo largo de la investigación modificar el artículo 2.1 del T.P. del D. L. N.º 1373, suprimiendo el término «de pleno derecho» y modificando por el término «[...] *por sentencia consentida [...]*», permitirá generar consecuencias jurídicas a partir de la emisión de una sentencia declarativa,

garantizando los derechos que pudieran verse obtenido antes de la emisión del mismo, como rentas o cualquier otra enajenación; lo que permite, no dejar en el limbo a estos productos obtenidos y, a su vez, garantizar los derechos patrimoniales que los terceros de buena fe hayan obtenido con el paso del tiempo; término que también se ha agregado al final de la modificación.

De la misma forma, modificar el artículo 2.3 del T.P del D. L. N.º 1373, agregando los términos «[...] *pero, es posible invocar la emisión de sentencia [...]*» y «[...] *según discrecionalidad del juez y atendiendo al principio ne bis in idem [...]*», permitirá que se dé un irrestricto respeto al principio *ne bis in idem* que garantiza la prohibición de proceso paralelos (cualquier fuese su naturaleza) sobre los mismos hechos que se investigan en el PED, teniendo en cuenta siempre la discrecionalidad del juez como el ente que dirige el proceso.

En ese mismo tenor, modificar el artículo 2.5 del T.P del D. L. N.º 1373, permite que se establezca un plazo de 25 años desde que se produjeron los hechos de obtención o destino del bien indagado; lo que permite minimizar la vulneración del principio de prohibición de irretroactividad y suprime la persecución *ad infinitum* de lado del Estado que, en parte, se debe a su ineficiencia para combatir los flagelos de la criminalidad. Además, modificar el artículo 2.8 del T.P del D. L. N.º 1373, permitirá que el respeto al principio de la cosa juzgada atendiendo a la identidad de sujeto, objeto y fundamento vistos en otros procesos de

naturaleza jurisdiccional. Finalmente, modificar el artículo 2.9 del T.P del D. L. N.º 1373, adicionado la premisa normativa de que «[...] *El requerido puede demostrar el origen o destino lícito del mismo en lo que fuera posible [...]*», permitirá el respeto al derecho de defensa, a la igualdad de armas y garantizará la prohibición de una persecución del Estado netamente acusatoria, priorizando, en ese sentido, los principios que rigen en un Estado garantista.

4.1.2. Efecto de la modificación normativa

El efecto inmediato de las modificaciones del artículo II, en sus numerales 2.1, 2.3, 2.5, 2.8 y 2.9 del Título Preliminar del Decreto Legislativo Sobre Extinción de Dominio, D.L. N.º 1373; permitirá que la normativa sobre extinción de dominio vaya acorde con el respeto de los derechos y principios de un Estado Constitucional de Derecho totalmente garantista.

4.1.3. Análisis costo-beneficio

La modificación propuesta no genera un costo adicional al presupuesto público y se obtendrá como beneficio el respeto a los derechos de los requeridos y un sistema normativo más uniforme garantista y principialista.

4.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL DECRETO SUPREMO N.º 007-2019-JUS

La presente propuesta consiste en la modificación de los artículos 5.1, 5.2., 5.3, 5.4, 9, y 66 del Reglamento del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, D.S. N.º 007-2019-JUS; tal y como se detalla a continuación:

Tabla 19

Propuesta de modificación del Decreto Supremo N.º 007-2019-JUS.

D. S. N.º 007- 2019- JUS	ART. VIGENTE	ART. MODIFICADO
5.2	Los actos jurídicos que recaigan sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito son contrarios al régimen constitucional y legal, por tanto, son nulos de pleno derecho y en ningún caso constituyen justo título.	Los actos jurídicos que recaigan sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito son contrarios al régimen constitucional y legal, por tanto, son nulos por sentencia consentida y pueden constituir justo título de los derechos obtenidos por el paso del tiempo.
5.3	Los actos jurídicos recaídos sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito, al ser nulos de pleno derecho, no generan relaciones ni efectos jurídicos por el paso del tiempo y, por tanto, pueden ser objeto de un proceso de extinción en cualquier momento, con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo.	Derogado
5.4	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	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.

	origen o destino ilícito del bien.
9	<p>9.1. Los derechos establecidos en el artículo 4.1 del Decreto Legislativo se circunscriben a la propia naturaleza del proceso de extinción de dominio.</p> <p>9.2. En el proceso de extinción de dominio se garantiza el derecho al debido proceso, el que comprende los derechos de defensa, a la prueba y a la doble instancia y consisten en lo siguiente:</p> <p>a) El derecho de defensa: en el ejercicio del principio de contradicción que corresponda a cada una de las partes procesales.</p> <p>b) El derecho a la prueba: en la posibilidad de cada una de las partes procesales de ofrecer en la etapa procesal correspondiente los medios probatorios o evidencias que le permitan sustentar su teoría del caso, actuarlos y que estos sean valorados conforme a derecho.</p> <p>c) El derecho a la doble instancia: en la posibilidad de cada una de las partes procesales de que lo resuelto por el Juez Especializado sea revisado por la Sala Especializada interponiendo los recursos previstos en el Decreto Legislativo.</p> <p>9.1. Los derechos establecidos en el artículo 4.1 del Decreto Legislativo se circunscriben a la propia naturaleza del proceso de extinción de dominio.</p> <p>9.2. En el proceso de extinción de dominio se garantiza el derecho al debido proceso, el que comprende los derechos de defensa, a la prueba y a la doble instancia y consisten en lo siguiente:</p> <p>a) El derecho de defensa: en el ejercicio del principio de contradicción que corresponda a cada una de las partes procesales.</p> <p>b) La carga de la prueba le corresponde al Ministerio público, pero es posible que cada una de las partes procesales ofrezcan en la etapa procesal correspondiente los medios probatorios o evidencias que le permitan sustentar su teoría del caso, actuarlos y que estos sean valorados conforme a derecho.</p> <p>c) El derecho a la doble instancia: en la posibilidad de cada una de las partes procesales de que lo resuelto por el Juez Especializado sea revisado por la Sala Especializada interponiendo los recursos previstos en el Decreto Legislativo.</p>
66	<p>El Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y</p> <p>Los derechos de los terceros afectados, se rigen por los principios de la buena fe. Corresponde al Ministerio Público, demostrar la mala fe.</p>

prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:

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

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

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

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

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

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

Nota: Elaboración propia.

4.2.1. Exposición de motivos

Tal y como se ha planteado a lo largo de la investigación modificar el artículo 5.2 del D. S. N.º 007-2019-JUS, suprimiendo el término «[...] son nulos de pleno derecho y en ningún caso constituyen justo título [...]» y modificarlo por el término «[...] son nulos por sentencia consentida y pueden constituir justo título de los derechos obtenidos por el paso del tiempo [...]», permitirá generar consecuencias jurídicas a partir de la emisión de una sentencia

declarativa, garantizando los derechos que pudieran verse obtenido antes de la emisión del mismo, como rentas o cualquier otra enajenación; lo que permite, no dejar en el limbo a estos productos obtenidos y, a su vez, garantizar los derechos patrimoniales que los terceros de buena fe hayan adquirido con el paso del tiempo; término que también se ha agregado al final de la modificación.

De la misma forma, derogar el artículo 5.3 del D. S. N.º 007-2019-JUS, va acorde con la modificación del artículo 2.5 del T.P del D. L. N.º 1373, que establece un plazo de 25 años para el inicio de la acción de extinción de dominio desde que se produjeron los hechos de obtención o destino del bien indagado; lo que permite minimizar la vulneración del principio de prohibición de irretroactividad y suprime la persecución *ad infinitum* de parte del Estado.

Del mismo modo, modificar el artículo 5.4 del D. S. N.º 007-2019-JUS, suprimiendo el término «[...] *Se entiende por fundamento en el proceso de extinción de dominio el análisis, evaluación o investigación del origen o destino ilícito del bien [...]*», permitirá que se dé un irrestricto respeto al principio *ne bis in idem* que garantiza la prohibición de proceso paralelos (cualquier fuese su naturaleza) y garantiza el respeto al principio de la cosa juzgada, sin tener en cuenta que el análisis de la identidad de fundamento, objeto y sujeto provenga de cualquier otro proceso de naturaleza jurisdiccional.

En ese mismo tenor, modificar el artículo 9 del D. S. N.º 007-2019-JUS, permitirá adicionado la premisa normativa de que «[...] *La carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público [...]*», permitirá el respeto al derecho de defensa, a la igualdad de armas y garantizará la prohibición de una persecución del Estado netamente acusatoria, priorizando, en ese sentido, principios garantistas, y la máxima legal de que el que alega hechos está en la obligación de demostrarlos.

Finalmente, modificar el artículo 66 del D. S. N.º 007-2019-JUS, suprimiéndolo por la premisa fáctica de que «[...] *Los derechos de los terceros afectados, se rigen por los principios de la buena fe. Corresponde al Ministerio Público, demostrar la mala fe [...]*», permitirá el respeto de los derechos patrimoniales de los terceros acorde a los principios básicos de la buena fe; trasladando la carga de la prueba, también, de demostrar la mala fe, al Ministerio Público.

4.2.2. Efecto de la modificación normativa

El efecto inmediato de las modificaciones de los artículos 5.1, 5.2., 5.3, 5.4, 9, y 66 del Reglamento del Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, D.S. N.º 007-2019-JUS; permitirá que la normativa sobre extinción de dominio vaya acorde con el respeto de los derechos y principios de un Estado Constitucional de Derecho totalmente garantista.

4.2.3. Análisis costo-beneficio

La modificación propuesta no genera un costo adicional al presupuesto público y se obtendrá como beneficio el respeto a los derechos de los requeridos y un sistema normativo más uniforme garantista y principialista.

CONCLUSIONES

- Existen afectaciones jurídicas que se encuentran en la normatividad del PED. De acuerdo a la contrastación de hipótesis, en el PED se vulneran derechos y principios acogidos en la legislación peruana.
- Los derechos patrimoniales del requerido y de los terceros de buena fe son vulnerados en el PED en el sentido de que, al primero, no se le permite desplegar todas las facultades inherentes al derecho de propiedad y a su protección inviolable, mientras que, para el segundo, se ha establecido una buena fe no presumible y cuya demostración está dirigida hacia él mismo.
- El derecho al debido proceso es vulnerando en el PED en su contenido relacionado al derecho a la defensa en la carga probatoria, por cuanto existe una carga dinámica dirigida hacia el indagado en el PED, lo que evidentemente va en contra de las reglas básicas del *onus probandi* en cualquier proceso de corte jurisdiccional. Así mismo, existe una vulneración al contenido de la parte formal del debido proceso, relacionada al derecho a un plazo razonable de la acción de extinción de dominio, por cuanto no existe un plazo de prescripción de esta acción como en cualquier otro proceso sí existen estos plazos.
- Existe una vulneración al principio de la prohibición de retroactividad de la norma que afecta gravemente la seguridad jurídica y provoca una persecución infinita y arbitraria por parte del Estado, premiando también la ineficiencia del mismo para perseguir actos criminales,
- Existe una vulneración al principio de *ni bis in idem* y a la cosa juzgada, por cuanto, en el PED es posible la existencia de procesos, además de sentencias consentidas y ejecutoriadas en otras vías procesales, que comparten la triple identidad de objeto, sujeto y fundamento conjuntamente con el PED.

REFERENCIAS

- Adrián , J. (2015). *RAZONAMIENTO CONSTITUCIONAL: Críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*, 665-675.
- Aguiló, J. (2013). Ética judicial y Estado de derecho. *El buen Jurista. Deontología del Derecho*, 80-81.
- Alejo, H. (18 de Septiembre de 2020). *Enfoque Derecho*. Obtenido de Enfoque Derecho: <https://www.enfoquederecho.com/2020/09/18/analisis-del-concepto-de-buena-fe-en-relacion-a-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-caso-del-te%E2%80%A6>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fondo Editorial de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alfageme, A. (28 de 05 de 2018). *Agnitio*. Obtenido de Asociación Civil Adv Editores: <http://agnitio.pe/articulos/apuntes-sobre-el-derecho-de-propiedad-2/>
- Algría, F. (2016). "EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD BENIGNA EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. 2011-2015". Cusco: UAC.
- Algría, F. (2016). *El principio de retroactividad benigna en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la superintendencia nacional de aduanas y de administración tributaria. 2011-2015*. Cusco: UAC.
- Angeles, H. (2019). *EL TERCERO DE BUENA FE EN EL REGISTRO DE PREDIOS, A PROPÓSITO DE LA LEY N° 30313*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
- Aranzamendi, L. (2010). *investigación Jurídica*. Trujillo: Grijley.
- Ariano, E. (2005). *Materiales de Lectura de Derecho Procesal Civil*. Lima: Desconocida.
- Aroapaza Balcona , W. (2016). *Naturaleza Jurídica de la Pérdida de Dominio en el Perú*. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho - Teorías de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Fondo Editorial Universidad Autónoma de México.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. (2017). Ni positivismo jurídico. *CAPJurídica*, 59-101.

- Avendaño, J. (2005). Derecho de propiedad y otros. En W. Gutierrez, *La Constitución Comentada* (págs. 916-923). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Avila, H. (2006). *INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Chihuahua: Desconocida.
- Barreto, J. (2015). *CONSEJOS PRÁCTICOS PARA REALIZAR UNA INVESTIGACIÓN*. Lima: Desconocida.
- Barreto, J. (2015). *ESQUEMA GENERAL METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION - HERNANDEZ SAMPIERI 2010*. Lima: Desconocida.
- Bautista, M. (2007). *Manual de Metodología de Investigación*. Caracas: TALITIP S.R.L.
- Bechara, A., & Vides, M. (2019). Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann. *Justicia*, 196-213.
- Bengoetxea, J. (2015). TEORÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO. En J. Fabra, & Á. Núñez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen uno* (págs. 207-223). Ciudad de México: Fondo Editorial Universidad Autónoma de México.
- Bernal, C. (2007). LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. ¿ES LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS LA BASE PARA UNA TEORÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA? *DOXA* 30, 273-291.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Pearson.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: PEARSON.
- Betancourt, S. (2010). La carga dinámica probatoria y su repercusión en el proceso penal desde las reglas de Mallorca y la teoría del garantismo penal. *Revista Ratio Juris*, 25-44.
- Binder, A. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Borda, G. (1994). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: Perrot.
- Briones, G. (1996). *Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales*. Bogotá: ARFO Editores e Impresores Ltda.
- Bullard, A. (2005). CUANDO LAS COSAS HABLAN: EL RES IPSA LOQUITUR Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. *THEMIS*, 217-236.
- Campos, W. (2013). APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS AL PROCESO CIVIL PERUANO. APUNTES INICIALES. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 201-214.

- Canelo, R., & Castillo, E. (2021). Inconvenientes de la introducción de las cargas probatorias dinámicas en el sistema procesal civil peruano. *Ius et Praxis*, 213-230.
- Carbonell, M. (2003). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Madrid: Trotta-UNAM.
- Carbonell, M., & Ferrer, E. (2016). Artículo 14 - Irretroactividad de la LEY. *Derechos del pueblo mexicano*, 791-837.
- Caro Gómez, J. (2011). *Los Terceros en la Acción de Extinción de Dominio en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre Instituto de Postgrados Maestría en Derecho Penal Bogotá D.C. - 2011.
- Carretero, S. (1994). *La Propiedad*. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense de Madrid.
- Casación sobre Minería ilegal, lavado de activos y pérdida de dominio, Casación N° 1408-2017-Puno (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia 30 de 05 de 2019).
- Castañeda, J. (1952). *Instituciones de Derecho Civil - Los Derechos Reales*. Lima: Castrillón Silva S.A.
- Cerda, R., & Felices, M. (2011). *El Nuevo Proceso Penal - Constitucionalización, Principios y Racionabilidad Probatoria*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Chávez, J. (2019). *LA PÉRDIDA DE DOMINIO IMPLICANCIAS EN EL PÉRU*. Lima: Instituto Pacífico.
- Comanducci, P., Ahumada, Á., & Gonzáles, D. (2009). *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fondo Editorial de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Corbetta, P. (2010). *METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN SOCIAL*. Madrid: Closas-Orcoyen.
- Cordero Castillo, D. (2019). *Estándar Probatorio para la Valoración de la Prueba en los Procesos de Extinción de Dominio*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Coripuna, J. (2016). *ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. Lima: Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura.
- Cruceta, J., Guerrero, J., Morales, Y., Díaz, M., Moronta, A., & Díaz, E. (2010). *Argumentación Jurídica*. Santo Domingo: Fondo Editorial de la Escuela Nacional de la Judicatura.
- Cruz, O. (2015). *DEFENSA A LA DEFENSA Y ABOGACÍA EN MÉXICO*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Da Rosa, T. (2012). El carácter argumentativo del derecho: una defensa del post-positivismo de MacCormick. *DOXA* 35, 41-58.

- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 180-205.
- De Dios, S., Infante, J., Robledo, R., & Torijano, E. (2004). *HISTORIA DE LA PROPIEDAD COSTUMBRE Y PRESCRIPCIÓN*. Madrid: Fondo Editorial de la FUNDACIÓN REGISTRAL Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- De Fazio, F. (2019). Teoría de los principios: fortalezas y debilidades. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 305-327.
- De Fazio, F. (2021). *PRINCIPIOS Y PROPORCIONALIDAD REVISTADOS*. Querétaro: Fondo Editorial Insituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- De los Mozos, J. (1965). *El principio de la Buena Fe, Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil Español*. Barcelona: Bosch.
- Dehesa, G. (2007). *Introducción a la Retórica y la Argumentación*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Del Solar, S. (1994). Protección a terceros adquirentes en el Código Civil: orientaciones y desorientaciones. *IUS ET VERITAS*, 159-174.
- Díaz, J. (1971). *Los principios generales del derecho*. Buenos Aires: PLUS ULTRA.
- Díaz, J. (1 de Septiembre de 2020). *Polemos*. Obtenido de Polemos: <https://www.polemos.pe/las-caracteristicas-del-debido-proceso-como-derecho-fundamental/>
- Dorantes, F. (1996). La tónica. *Alegatos*, 183-190.
- Espinoza, J. (2011). El principio de la buena fe. *Advocatus*, 245-260.
- Esquivel, J., García, D., Geldres, R., Navarrete, J., Pasco, A., Roca, O., . . . Torres, M. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Esteban, N. (2018). *Tipos de investigación*. Lima: Universidad Santo Domingo de Guzmán.
- Ezquiaga, F. (2013). *La Argumentación en la Justicial Constitucional*. Lima: GRIJLEY.
- Fernández, G. (1987). La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles. *Derecho*, 159 y ss.
- Fernández, G. (2018). La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños. *Advocatus*, 317-338.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. México D.F.: UNAM.
- Ferrajoli, L., & Atienza, M. (2005). *JURISDICCION Y ARGUMENTACION EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO*. Ciudad de México: Fondo Editorial Univesidad Autónoma de México.

- Ferrajoli, L., Moreso, J., & Atienza, M. (2008). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO.
- Ferreira, D. (2015). *El principio general de la buena fe en el derecho civil moderno*. Madrid: Fondo Editorial de la Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrerira, D. (1984). *La buena fe*. Madrid: Montecorvo.
- Forsthoff, E. (1975). *Concepto y esencia del Estado social de derecho*. Madrid: IEPP.
- García, A. (2001). EL "DERECHO Y LA ARGUMENTACIÓN" Y EL DERECHO PARA LA ARGUMENTACIÓN. *DOXA* 24, 629-653.
- García, D. (2010). *PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA DE DERECHO CIVIL: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA*. Bucaramanga: Fondo Editorial de la Universidad Industrial de Santander.
- García, J. (2004). *INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. El Salvador: Fondo Editorial del Consejo Nacional de la Judicatura.
- García, M. (2015). La disputa entre positivismo excluyente e incluyente desde una perspectivaneokantiana-kelseniana. *Isonomía*, 77-96.
- García, M. (s/f). *Argumentación jurídica II: Una propuesta práctica*. Ciudad de México: Desconocida.
- García, M., & Moreno, R. (2014). *Argumentación Jurídica - Fisonomía desde una óptica forense*. Ciudad de México: Fondo Editorial Universidad Autónoma de México.
- Gascón, M., & García, A. (2003). *INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. San Salvador: Fondo Editorial Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- González, G. (2018). *TEORÍA GENERAL DE LA PROPIEDAD Y DEL DERECHO REAL*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Gonzales, G., Lama, H., Mejorada, M., Avendaño, F., Meneses, A., Muñoz, R., . . . Rioja, A. (2014). *LA PROPIEDAD. MECANISMOS DE DEFENSA*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Grández, P. (2010). *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. Lima: Palestra.
- Gutierrez, W. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Henríquez, H., & López, O. (2007). *LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO*. El Salvador: Fondo Editorial de la Universidad de El Salvador.

- Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2010). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Ciudad de México: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Herranz, M. (2022). Brocardos, latines y latinajos: una aproximación a los porqués de la pervivencia del latín dentro del lenguaje jurídico español. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 205-222.
- Himma, K. (2014). POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 353-430.
- Huaman, J. (2022). *EL PRINCIPIO DE BUENA FE REGISTRAL EN EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE BIENES INMUEBLES CON RELACIÓN AL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO*. Puerto Maldonado: Fondo Editorial de la Universidad Andina del Cusco.
- Huerta, O. (2013). *LA PROBLEMÁTICA DE LA BUENA FE DEL TERCERO REGISTRAL*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de la investigación*. Caracas: Fundación Sypal.
- Hurtado, J. (2000). *Metodología de la Investigación*. Caracas: Quirón.
- La Torre, M. (2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”. *Revista Derecho del Estado*, 7-30.
- Landa, C. (2002). Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Diké - Pensamiento Constitucional*, 445-461.
- Landa, C. (2012). *El Derecho al Debido Proceso en la Jurisprudencia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Lara, L. (1991). *PROCESOS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Larios, R. (2015). Argumentación, Jurisprudencia y Control Difuso Academia de Derecho Administrativo. *BIOLEX Revista Jurídica del Departamento de Derecho UNISON URC*, 15-32.
- Lifante, I. (1999). INTERPRETACIÓN Y MODELOS DE DERECHO. SOBRE EL PAPEL DE LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. *DOXA* 22, 176-193.
- Lifante, I. (1999). La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos. *DIALNET*, 41-46.
- Lifante, I. (2000). UNA CRÍTICA A UN CRÍTICO DEL «NO POSITIVISMO». A PROPÓSITO DE «LA TESIS DEL CASO ESPECIAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO», DE ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. *DOXA* 23, 709-728.

- Lifante, I. (2009). La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 257-278.
- Lifante, I. (2015). Interpretación Jurídica. En J. Fabra, & V. Rodríguez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (págs. 1349-1387). Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Linfante, I. (2019). En defensa de una concepción constructivista de la interpretación jurídica. *Revus*, 1-21.
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., & Ortiz, J. (2010). *El método analítico como método natural*. Roma: Nómadas.
- López, R. (2002). *Metodología Jurídica*. Ciudad de México: IURE editores, 5.A. de C.V.
- Lorca, A. (2012). Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi. El modelo español y peruano. *Revista IUS ET VERITAS*, 54-80.
- MacCormick, N. (2010). Argumentación e Interpretación en el derecho. *DOXA* 33, 65-78.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Maletta, H. (2009). *Metodología y técnica de la producción científica*. Lima: CEPES-Universidad del Pacífico.
- Meini, I. (2009). Sobre la prescripción de la acción penal. *FORO JURÍDICO*, 71-81.
- Méndez, M. (2005). CONSTITUCIONALISMO O POSITIVISMO JURÍDICO EN LA APLICACIÓN DE UNA NORMA FISCAL. *Revista de Posgrado de Derecho de la UNAM*, 33-51.
- Mendoza, G. (2015). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro Jurídico*, 97-108.
- Monroy, J. (2013). *Conceptos Elementales de Proceso Civil*. Lima: Desconocida.
- Montenegro Perez, E. (2020). *Modificatoria del decreto legislativo 1373 para una eficiente administración de los bienes incautados a través del PRONABI*. Chiclayo: Universidad César Vallejo.
- Montero, D., & Salazar, A. (2006). DERECHO DE DEFENSA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTEAMERICANA DE DEECHOS HUMANOS. *CIDH*, 101-127.
- Moreno Pérez, C. (2020). *Vulneración del Derecho de Defensa y la Fase Inicial del Proceso de Extinción de Dominio*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Morlote, N., & Celiseo, R. (2004). *Metodología de la Investigación - Cuaderno de Trabajo*. Ciudad de México: MCGRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.

- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado*, 45-76.
- Neyra Solis, J. (2017). *El Delito de Lavado de Activos y el Proceso de Pérdida de Dominio en la Legislación Penal Peruana*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Novak, F. (2013). Los Principios Generales del Derecho - La Buena Fe y El Abuso del Derecho. *Agenda Internacional*, 109-134.
- Olvera, J., & Sota, S. (2006). *Apuntes de argumentación jurisdiccional*. Ciudad de México: Fondo Editorial del Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura Federal.
- Orrego, J. (2017). *Teoría de la Prueba*. Lima: Desconocida.
- Ortiz, I. (2010). *El derecho de propiedad y la posesión informal*. Lima: Impreso por Solvima Graf SAC.
- Pacora, A. (2019). *ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL TERCERO DE BUENA FE Y LA VULNERABILIDAD DEL VERDADERO PROPIETARIO REGISTRAL, OFICINA REGISTRAL HUACHO - AÑO 2018*. Huacho: Fondo Editorial de la UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN.
- Pasco, A. (2011). *Tutela de los terceros subadquirientes a título oneroso y de buena fe frente a los contratos inválidos*. Lima: Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Peñailillo, D. (2006). *LOS BIENES - La propiedad y otros derechos reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Pereira-Menaut, G. (2010). *Tópica*. Madrid: Rasche.
- Perez, A. (2000). La seguridad jurídica: Una garantía del derecho y la justicia. *Boletín de la Facultad de Derecho*, 25-38.
- Pineda Garzaro, H. (2012). *La Extinción de Dominio, Características y Análisis de su Constitucionalidad*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Pinto, J. (2003). *LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN Roben Alexy*. Madrid: Fondo Editorial de la Universidad Complutense de Madrid.
- Piza Escalante, R., Piza Rocafort, R., & Navarro, R. (2008). *Principios Constitucionales*. San José: IJSA - Investigaciones Jurídicas S.A.
- Placeres, R., Balderas, I., & Barrientos, H. (2009). *MANUAL PARA LA ELABORACION DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN*. Puebla: 2009.
- Poder Judicial del Perú. (2022). *Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

- Porras, G. (1986). *CÓMO ELABORAR UNA TESIS EN DERECHO*. Madrid: Civitas S.A.
- Posada, P. (2004). *Argumentación, teoría y práctica*. Cali: Fondo Editorial Universidad del Valle.
- Proudhon, P. (2001). *¿Qué es la propiedad?* Madrid: Desconocida.
- Ramírez, L. (2018). Debido proceso derecho fundamental. En L. Canales, E. Duartes, & S. Cuarezma, *El debido proceso como un derecho humano* (pág. 352). Nicaragua: Impresión Comercial La Prensa.
- Ramos, C. (2000). *CÓMO HACER UNA TESIS EN DERECHO Y NO ENVEJECER EN EL INTENTO*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho*. Lima: 2007.
- Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alexander Falcón Pérez a favor de don Marco Antonio Figueroa Falcón, EXP. N.º 04415-2013-PHC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 27 de Enero de 2014).
- Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Gaspar Córdor Peralta, EXP. N.º 06389-2015-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 8 de Junio de 2017).
- Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Teodoro Chambergo Ruíz, Exp. N.º 00218-2009-PHC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 11 de Noviembre de 2010).
- Recurso de agravio constitucional interpuesto por la abogada y apoderadajudicial de Servicios Postales del Perú S.A., EXP. N.º 03433-2013-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 18 de Marzo de 2014). Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03433-2013-AA.html>
- Recurso de agravio constitucional interpuesto por los apoderados judiciales del Seguro Social de Salud, EXP. N.º 00579-2013-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 24 de Octubre de 2014).
- Redondo, M., Sauca, M., & Ibáñez, A. (2009). *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fondo Editorial de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Risco, C. (2022). *EL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE REGISTRAL Y LA AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 70 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma del Perú.
- Robert, P. (1882). *TRATADO DEL DERECHO DE DOMINIO DE LA PROPIEDAD*. Madrid: Desconocida.
- Rodríguez, G., Gil, J., & García, E. (1999). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN CUALITATIVA*. Málaga: Aljibe S.L.
- Rodríguez, R. (2015). *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado*. Getafe: s.e.

- Romero, J. (2015). *ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. BASES PARA LA TOMA DE DECISIONES JUDICIALES*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Autónoma de México.
- Ronquillo, J. (2015). *TERCERÍA DE PROPIEDAD contra embargo e hipoteca*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ruiz, P. (23 de Marzo de 2017). *LPDERECHO*. Obtenido de LPDERECHO: <https://lpderecho.pe/defensa-publica-abogados-oficio/#:~:text=El>
- Sabino, C. (1992). *EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN*. Bogotá: Panapo.
- Sánchez, A. (2011). *Manual de redacción académica e investigativa: cómo escribir, evaluar y publicar artículos*. Medellín: Fondo Editorial de Católica del Norte Fundación Universitaria.
- Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales - Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra.
- Schopf, A. (2018). La Buena Fe contractual como norma jurídica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 109-153.
- Sentencia de Extinción de Dominio, Expediente N° 02755-2017 (Juzgado Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima 27 de 05 de 2019).
- Sentencia de Pérdida de Dominio, Expediente N° 006-2015-0-1826-SP-PE-02 (Juez del Juzgado Especializado en Extinción de Dominio con Sede en Lima y competencia territorial en los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica 30 de 05 de 2019).
- Sieckmann, J. (2011). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons.
- Sierra, G. (2011). *La Insuficiencia de la buena fé para tutelar a los terceros en las adquisiciones a non domino*. Lima: Fondo Editorial de la UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS.
- Suárez, J. (2006). *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Editorial Unviersitaria Ramón Areces.
- Suárez, M., & Conde, N. (2009). *Argumentación Jurídica*. Ciudad de México: Fondo Editorial Univesidad Nacional de Cajamarca.
- Tamayo, M. (2003). *El proceso de Investigación Científica*. Ciudad de México: Limusa S.A. de C.V.
- Tiedemann, K. (2003). *Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra Editores.
- Torres, M. (2022). La diligencia activa en la protección del tercero de buena fe pública registral. *GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL*, 9-12.
- Tuyume, B. (2016). *LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE LOS CASOS DE DOBLE VENTA Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL*. Chiclayo: Fondo Editorial de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

- Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal (UETI-CPP). (2019). *Extinción de Dominio - Compendio Normativo 2019*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial.
- Valderrama, D. (17 de Octubre de 2022). *JURIS.PE*. Obtenido de JURIS.PE: <https://lpderecho.pe/carga-probatoria-ostenta-fiscal-onus-probandi/>
- Vega, J. (2004). *EL POSITIVISMO EXCLUYENTE DE RAZ*. Ciudad de México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Vega, L., & Olmos, P. (2011). *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid: Trotta.
- Vélez, G. (2008). *La imputación objetiva: fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*. Friburgo: UNIFR.
- Villa, V. (1999). CONSTRUCTIVISMO Y TEORÍA DEL DERECHO. *DOXA* 22, 284-302.
- Villareal Niño, L. (2020). *La Norma Peruana de Extinción de Dominio: ¿Es Inconstitucional y Desprotege al Tercero de Buena fe Diligente?* Lima: Universidad San Ignacio de Loyola.
- Vitor, D. (2017). *LA BUENA FE EN LA TRADITIO EN LA COMPRA VENTA DE BIEN INMUEBLE EN EL DISTRITO DE MARCAS - 2015*. Huancavelica: Fondo Editorial de la Universidad Nacional de Huancavelica.
- Vladila , L.-M., Ionescu, S., & Matei, D. (2011). EL DERECHO DE DEFENSA. *REVISTA DE LA INQUISICIÓN (Intolerancia y Derechos Humanos)*, 243-258.
- Witker, J. (1996). *TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Ciudad de México: Fondo Editorial de la Universidad Nacional de Cajamarca.
- Witker, J. (2016). *Jucios orales y Derecho Humanos*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Yangua, D. (2017). *LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA*. Piura: Fondo Editorial Universidad de Piura.
- Zamora-Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *ACTA ACADÉMICA*, 147-186.
- Zapata, E. (23 de 04 de 2019). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Obtenido de Youtube Web site: <https://www.youtube.com/watch?v=smHdx015a6A>
- Zare, D. (2021). *¿Deberán pagar justos por pecadores? El tercero de buena fe como límite a la Extinción de Dominio*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.