

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO: ORIGEN Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO.

EMILIO J. URBINA MENDOZA*

SUMARIO

I. PRELIMINAR. II. EL COMISO AUTÓNOMO O DECOMISO SIN CONDENA Y LA VARIANTES LATINOAMERICANA: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. 1. El comiso autónomo, decomiso civil o decomiso sin condena. 1.1. Orígenes en el Derecho angloamericano: Las NBC y UWO's. 1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como creador del "decomiso sin condena" en Europa. 1.3. La Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003). 2. La Directiva 2014/42/UE de 2014 y las propuestas de reforma por la Unión Europea de 2022. III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. 1. El prototipo latinoamericano de la extinción de dominio: Colombia y su Corte Constitucional. 2. El programa de asistencia de las Naciones Unidas y la Ley Modelo de Extinción de Dominio. 3. Las variantes jurisprudenciales en América Latina y su propuesta alternativa y/o de oposición a la versión colombiana en contenidos sobre extinción de dominio. IV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE DECOMISO SIN CONDENA Y EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA. LA CONFIGURACIÓN DE MODELOS ESPECIALIZADOS. 1. La ramificación y transformación no cónsona con el instituto. 2. Medidas para la cooperación internacional. Caso ODCE, GAFI y ONUDC. V. RECAPITULACIÓN: UN INSTITUTO CREADO PARA UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y UN MINISTERIO PÚBLICO NO INQUISITORIAL.

* Doctor en Derecho (Universidad de Deusto – Bilbao – España). Profesor del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas-Ciudad Guayana). Directivo de la Comunidad de Conocimiento en extinción de dominio de América Latina bajo el patrocinio del *Basel Institute on Governance* (Basilea – Suiza) y el *International Centre for Asset Recovery*.

I. PRELIMINAR.

El pasado 28 de abril de 2023 fue publicada en Gaceta Oficial la Ley Orgánica de Extinción de Dominio venezolana¹¹. Hacemos énfasis en el predicado “venezolana” por las peculiaridades para su materialización en nuestro país, totalmente en contravía a los escenarios y dinámicas de un instituto global ampliamente reconocido en la legislación de América Latina², y de larga data fuera de nuestro continente con el

¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, número 6.745 de fecha 28 de abril de 2023.

² En América Latina se ha asumido el término extinción de dominio tal y como indica la exposición de motivos de la Ley Modelo creada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en 2011, como en efecto se analizará a lo largo del presente estudio. Por regla general, la dinámica propia de aprobación de un instrumento normativo sobre extinción de dominio viene precedida por recomendaciones de organizaciones multilaterales como el GAFI, ONUDC, ODCE. De igual manera, el gobierno de los Estados Unidos de América posee uno de los programas de aplicación y guía más eficientes para aquellos países que buscan implementar la extinción de dominio, como ocurrió en toda América Central, incluyendo a Panamá, que, a pesar de haberse rechazado el proyecto de ley en abril de 2023, sigue siendo asistida por el citado programa. La iniciativa de introducir la ley en cuestión fue totalmente atribuida al Ejecutivo Nacional de Venezuela, como política criminal del Estado venezolano. Es quizá, junto a Colombia, donde unilateralmente un Estado decide asumir la extinción de dominio sin el compás de recomendaciones internacionales. Siguiendo la latitud geográfica tenemos, para la fecha de cierre de la presente edición, en orden geográfico desde América del Norte, Centroamérica, el Caribe y Suramérica: México (*Ley Federal de Extinción de Dominio*, reformada en 2019); Guatemala (*Decreto n° 55-2010 Ley de Extinción de Dominio*); Honduras (*Decreto n° 27-2010 Ley sobre Privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito*); El Salvador (*Decreto n° 534 de 2013 de la Ley Especial de Extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, reformada en 2016*); Nicaragua (sin ley de extinción de dominio); Costa Rica (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio - Exp. 19.571); Panamá (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio 2023. Rechazado en abril de 2023 por el Congreso de Panamá); República Dominicana (Ley sobre juicio de extinción de dominio para el decomiso civil de bienes ilícitos – 2022, puesta en vigencia plena en julio de 2023); Colombia (*Código de Extinción de Dominio de 2014, reformado en 2017*); Venezuela (Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2023); Brasil (Sin ley de extinción de dominio - existen otras figuras relacionadas al decomiso ampliado); Ecuador (*La Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2021*);

mote de “decomiso sin condena”, que como indica el profesor Blanco Cordero, es el término favorito de la doctrina y jurisprudencia³.

Desde hace más de un lustro hemos seguido el pulso sobre esta “polémica” y “eficiente” institución que se caracteriza tanto por su arista sustantiva como por ser también una acción *in rem* (esfera adjetiva), en la cual, partiendo de una ficción, se confisca civilmente al objeto por haber sido producto o instrumento de una actividad delictiva, específicamente, de naturaleza económica. En pocas palabras, sin necesidad de una condena penal, se puede “decomisar” bienes si éstos son de origen ilícito o se han empleado para cometer acciones tipificadas como delitos, apelando a la institución del enriquecimiento sin causa, ésta, incuestionablemente de materia civil. Su incorporación en la legislación de un Estado nunca pasa desapercibida, sobre todo, por sus reservas, reparos o crítica en doctrina penal⁴,

Perú (*Decreto Legislativo n° 1373 sobre extinción de dominio reformado en 2019*); Bolivia (Proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes en favor del Estado, 2012); Paraguay (Proyecto de Ley de Extinción de dominio - unificado, 2014); Chile (Proyecto de ley que dispone la extinción de dominio sobre los productos e instrumentos del delito - Exp. 34-2019 – Ley 21.575 que modifica parcialmente la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas – 23 de mayo de 2023); Uruguay (contempla es el decomiso en la Ley n° 19574 Ley integral contra el lavado de activos, 2018); y Argentina (*Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019 del Régimen Procesal de la Acción de Extinción de Dominio, 2019*).

³ Blanco Cordero, Isidoro. “Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea”. Luchtman, M. (Edit.) *Of Sword and Shields: Due process and crime control in times of globalization. Liber Amicorum prof. Dr. J.A.E. Vervaele*. Chicago, Eleven International Publishing, 2023, p. 297.

⁴ Al respecto, véase Blanco Cordero, Isidoro. “El decomiso en el Código Penal y la transposición de la Directiva 2014/42 UE sobre embargo y/o decomiso en la Unión Europea”. En: Cuesta Arzamendi, José Luis de la., Mata Barranco, Norberto Javier de la., y Blanco Cordero, Isidoro (Coord.). *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*. Madrid, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 429-510. González Cano, María Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*. Valencia, Tirant lo blanch, 2016. Rodríguez García, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*, Madrid, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2017. Garrido Carrillo, Francisco Javier. *El decomiso: innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Madrid, Dykinson, 2019. Blanco Cordero, Isidoro. “Decomiso de instrumentos propiedad de terceros no responsables del delito”, en: Vicente Martínez, Rosario de., Gómez Iniasta, Diego José, Martín López, M. Teresa, Muñoz de Morales Romero, Marta, y Nieto Martín, Adán (Coord.) *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*. Madrid, Ediciones del BOE, 2021, Vol. 2, pp. 791-802. Conde Fuentes, Jesús. “La intervención de terceros afectados por el

administrativa⁵, y con más ahínco en los últimos tiempos, en la Constitucional⁶ por la preocupación que subyace sobre las garantías del dere-

decomiso”, en: Castillejo Manzanares, Raquel (Dir.) y Alonso Salgado, Cristina (Coord.). *El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal*, Granada, Atelier, 2019, pp. 719-738. Mariel Catz, Shirly. “La ley del arrepentido y la extinción de dominio: una lectura humanista contra el utilitarismo”, en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Vol. 16, n° 49, 2019, pp. 415-430. Choclán Montalvo, José Antonio. “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, en: *Estudios de Derecho Judicial*, N° 28, 2000, Madrid, Consejo General del Poder Judicial. También, del mismo autor, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid, Dykinson, 2001.

- ⁵ Al respecto, véase Rodríguez García, Nicolás. “Delitos económicos y sistema penal: nueva estrategia en materia de recuperación de activos y decomiso”, en: *Presupuesto y gasto público*, N° 82, 2016, Ministerio de Hacienda de España, pp. 85-118. Moral García, Antonio del. “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, en: *Revista Vasca de Administración Pública – Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N° Extra, 104, 2, 2016, pp. 43-75. Salom Parets, Aina. “El comiso del beneficio económico en el derecho urbanístico sancionador”, en: *Revista española de derecho administrativo*, N° 203, 2020, pp. 95-118. Fernández Aparicio, Juan Manuel. *Delitos urbanísticos*. Madrid, Sepin, 2020. Martínez Rodríguez, José Antonio. *Demolición, reposición y comiso en los delitos urbanísticos*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020. Gómez López, María Isabel y Muñoz Sánchez, Esther. “Ejecución de las penas en delitos relacionados con la corrupción urbanística. El comiso y otras medidas sancionatorias”, en: *Anuario Jurídico Villanueva*, N° 10, 2017, pp. 93-117. Sandoval, Juan Carlos. “La privación de las ganancias de la financiación corrupta de los partidos políticos: Elementos para un debate político-criminal”, en: *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, Vol. 17, n° 33, 2022, Universidad de Alicante, pp. 199-228.

- ⁶ Véase los pormenorizados análisis de los profesores Brewer-Carías, Allan R. *Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales*. Nueva York, 2 de mayo de 2023, puede consultarse en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/05/A.-B.-Brewer-Carias-Comentarios-a-la-Ley-de-Extincion-de-domino-y-sus-incongruencias-inconstitucionales-2023.pdf> Duque Corredor, Román J. *Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso*. Caracas, 23 de mayo de 2023, puede consultarse en: <https://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2023/05/poder-punitivo-del-estado-de-extincion.html> También, véase Acceso a la Justicia. Observatorio Venezolano de la Justicia. “Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de Dominio impulsada por el oficialismo en Venezuela”, Caracas, 18 de abril de 2023, consulta: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/> Transparencia Internacional-Transparencia Venezuela. “Ley Orgánica de Extinción de Dominio es un instrumento para instituciones robustas que Venezuela no tiene”. Caracas, 04 de mayo de 2023, consulta: <https://transparenciave.org/ley-organica-extincion-dominio-instrumento-para-instituciones-robustas-venezuela-tiene/> También, véase Hung Cavalieri, Roberto. “Los sistemas de protección de derechos humanos y el diálogo intersistémico como mecanismos

cho de propiedad, manifestadas en forma reiterada en los informes de especialistas de Naciones Unidas al momento de configurar las convenciones y tratados internacionales⁷. Por ello, no en vano, hace más de 25 años el destacado profesor John Vervaele la calificó como un “intruso”⁸ en el Derecho Penal. Intruso que muchas veces puede migrar del espacio calificado como “salvífico” al más terrible de los villanos, cargando con epítetos como “creación anónima” del Derecho angloamericano⁹,

de lucha contra la corrupción y la pobreza”, en: *Cultura jurídica*, Caracas, 2023, consulta en: <https://culturajuridica.org/wp-content/uploads/2023/04/HUNG-Roberto-Derechos-Humanos-dialogo-Intersistemico-contr-la-corrupcion-reedic-2023.pdf> En la doctrina extranjera, véase Planchadell Gargallo, Andrea y Vidales Rodríguez, Catalina. “Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional”, en: *Estudios penales y criminológicos*, N° 38, 2018, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 37-92. Farto Piay, Tomás. “Reflexiones críticas sobre las garantías en el proceso de decomiso autónomo”, en: Da Silva Veiga, Fábio, Viglione, Filippo y Durante, Vincenzo (Dir.). *Direitos fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira*. Vigo, Universidad de Vigo, 2021, Vol II, pp. 319-333. Parra Lara, Francisco José. “Extinción de Dominio en México: Revisión de su estructura constitucional y convencional”, en: *Revista Brasileira de Direito Penal*, Vol. 6, n° 6, 2020, pp. 667-700.

⁷ La polémica sobre la inconstitucionalidad de la extinción de dominio en materia propietaria siempre ha estado latente, en especial, en los debates del grupo de expertos al momento de construir un Convenio o Tratado Internacional. Ocurrió en 1982, tal como quedó plasmado en el *Informe del grupo de expertos para estudiar el funcionamiento, la adecuación y la mejora de la Convención Única sobre Estupefacientes* (Documento E/CN.7/1983/2/Add), párrafos 50 al 52. En el párrafo 51 indicó: “(...) had encountered difficulties in applying existing legislation or in enacting new legislation aimed at attacking such financial assets because of constitutional limitations (...)”. Esta situación se repetirá el 23 de octubre de 1987, cuando se aprueba el *Informe de la reunión abierta del Grupo de Expertos Intergubernamentales sobre la preparación de un proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Psicotrópicos* (Documento E/CN.7/1988/2 (Part. II). Se puede leer claramente en su párrafo 101 “(...) Several representatives considered as unacceptable the provision of subparagraph 3 (b) (ii) regarding the forfeiture of proceeds, there had been no conviction or prosecution, as the right to property was a fundamental right guaranteed by their constitution and domestic law. Such a provision was also considered as contrary to the principle of the presumption of innocence (...)”. Para más detalles sobre esta polémica, véase nuestro libro Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 3, 2020, pp. 60-71.

⁸ VERVAELE, John A.E. “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?”, en: *Revista Penal*, n° 2, 1998, Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, p. 67-80.

⁹ Sobre las polémicas de los *Non Conviction Based* (NBC), *civil forfeiture* y las *Unexplained Wealth Orders* (United Kingdom), véase Pimentel, David. “Forfeiture revisited: Bringing principle to practice in Federal Courts”, en: *Nevada Law Journal*, Vol. 13, n° 1 2012, pp. 3-63. Véase Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *United States vs. Urserly*, 518 U.S.

o bien, “medidas extremas subterráneas” proveniente del Derecho colombiano¹⁰. En fin, la polarización siempre ha acompañado al decomiso sin condena o a la extinción de dominio en los países de Derecho continental una vez hace su aparición dentro del sistema legal. También,

267, 1996. Sobre esta sentencia, véase comentarios de Little, Robert B. “United States v. Ursery and the abrupt end to the extension of double jeopardy protections to civil forfeitures”, en: *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 2, n° 1, 1996, pp. 144-150. McCaw, Catherine E. “Asset forfeiture as a form of punishment: A case for integrating Asset Forfeiture into Criminal Law”, en: *American Journal of Criminal Law*, Vol. 38, n° 2, 2011, pp. 181-220. Reed, Terrance G. “The importance of being civil: Constitutional limitations on civil forfeiture”, en: *New York Law School Law Review*, Vol. 39, n° 1 y 2, 1994, pp. 255-283. Cassella, Stephan D. “Civil Asset recovery. The American Experience”, en: Rui, Jon Peter y Sieber, Ulrich (Edit.) *Non-conviction-based Confiscation in Europe. Possibilities and limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal conviction*. Berlín, Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht. Duncker & Humboldt, 2015, pp. 13-30. Ddamulira Mujuzi, Jamil. “Relving on foreign convictions from non-european economic area States to investigate unexplained wealth for the purpose of combating money laundering in the United Kingdom”, en: *EuCLR European Criminal Law Review*, Vol. 9, n° 1, 2019, pp. 120-132.

- ¹⁰ Para más detalles, véase Santander Abril, Gilmar. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Washington D.C., Ediciones de la Organización de Estados Americanos, 2017. Véase también, Martínez Sánchez, Wilson A. “La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia”, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*, Bogotá, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015. Murcia Ramos, Baudilio. *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2012. Espitia Garzón, Fabio. *La extinción del derecho de dominio*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 1998. Rivera Ardila, Ricardo. *La extinción de dominio*, Bogotá, Leyer Editores-UniAcademia, 1997. Pabón Parra, Pedro A. *Nuevo régimen de extinción de dominio: Ley 793 de 2002, legislación modificatoria-leyes 1151 de 2007, 1330 de 2009, 1395 de 2010, 1450 de 2011, 1453 de 2011: doctrina-análisis jurisprudencial*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2013. Tobar Torres, Jenner A. “Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia”, *Civilizar; Ciencias Sociales y Humanas*, n° 14 (26), 2014, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, pp. 17-38. Poveda Perdomo, Alberto. *Le ley de extinción del derecho de dominio y su jurisprudencia: examen comparativo de los diferentes estatutos legales expedidos para regular la acción de extinción del derecho de dominio*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2004. La literatura colombiana sobre la materia es extensa y recoge más de 30 años desde la entrada en vigencia del instituto como mecanismo de persecución patrimonial contra la delincuencia organizada, más específicamente, la proveniente del narcotráfico (Decreto 2790 de 1990). Esto se potenciará con la inclusión de la extinción de dominio en la Constitución de 1991, específicamente, en su artículo 34 “(...) Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social (...)”.

debemos advertir, que una vez instalado no se puede erradicar salvo modificaciones al instituto por vía de la legislación o jurisprudencia.

Sí debemos partir, más allá de las voces que de forma apresurada califican a la extinción de dominio como una “aberración”, su amplio arraigo en nuestro continente, haciendo, inclusive, que la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Extinción de Dominio creada por ONU-DC¹¹ en 2011, pronto deba transformarse en *Protocolo de seguimiento* debido a su ya amplia raigambre continental. Quedan muy pocos países sin el instituto, curiosamente, todos en alguna razón identificables con serias censuras en cuanto a la institucionalidad interna o la dudosa calidad de su estado de Derecho¹².

Sea cual sea la vía por la que se reconozca a este comiso civil (decomiso sin condena o extinción de dominio), las dos grandes ramas modulares son de larga data, publicitadas con fuerza desde la reconfiguración de los Estados tras la caída del muro de Berlín y la aparición con fuerza de la llamada sociedad del riesgo global. Para 2021, cuando se cumplieron los primeros 10 años de la Ley Modelo (en adelante LMEDO), ya casi toda América Latina había tenido una experiencia de mayor o menor impacto con la extinción de dominio, que, excluyendo a la prototípica Colombia, su configuración central recae siempre en los máximos intérpretes de la Constitución de todos nuestros países¹³

¹¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. 2011, *Ley Modelo sobre extinción de dominio*, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

¹² Salvo el caso de Costa Rica, que hemos indicado en otra oportunidad en nuestros libros sobre comiso autónomo y extinción de dominio (EJV 2020 – OLEJNIK 2021), los países sin este instituto son: Cuba, Nicaragua, Haití, Bolivia, . Hasta 2023, Venezuela se incluía en este espacio, hasta que, apareció el furtivo proyecto que tras un meteórico proceso legislativo, logró en menos de un mes, convertirse en una ley orgánica que formalmente contempló el instituto. A pesar de ser calificado como el país con el peor índice del estado de Derecho, paradójicamente, se incorporó -cual cisne negro- en la tendencia de los Estados con extinción de dominio, enfilados en la línea global de regular los comisos autónomos como forma para combatir la delincuencia económica. Al revisarse las iniciativas legislativas en nuestro continente de esta tipología de leyes, se observa su introducción como cumplimiento a los programas globales de organizaciones multilaterales (Vgr. GAFI, ODCE, ONUDC) para mejorar la calidad del Derecho interno de los Estados en la lucha contra la delincuencia económica. Sobre este particular, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La extinción de dominio y la heterodoxia en la tradición jurídica venezolana”, en: Diario *El Nacional*, Caracas, edición del miércoles 3 de mayo de 2023, en línea, [www.elnacional.com]

¹³ Véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito, de

o de la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales de Derechos Humanos¹⁴.

Esta realidad (polémica, limitaciones constitucionales y ausencia de tradición), en 2020, quien suscribe, junto al profesor Rafael S. Jiménez Tapia, publicamos -gracias a los buenos oficios y apoyo del doctor Allan R. Brewer-Carías- un trabajo extenso con los orígenes y pormenores doctrinales y jurisprudenciales comparados del comiso autónomo y la extinción de dominio¹⁵. Una materia totalmente ignota e inexplorada en Venezuela, a pesar de que, desde 2005, ya formaba parte del Derecho interno venezolano al publicarse en Gaceta Oficial la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶. En 2021 nos incorporamos a la red de expertos en extinción de dominio de la Comunidad de Conocimiento del *Basel Institute on Governance* y del *International Centre for Asset Recovery* con sede en Suiza¹⁷. Esta expe-

la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, Caracas, 2023. puede consultarse en: https://www.academia.edu/101351221/La_Justicia_constitucional_y_la_extinción_de_dominio_Comentarios_y_observaciones_sentencia_315_SCTSJ

¹⁴ En el caso latinoamericano, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con sede en Costa Rica, no se ha pronunciado al respecto y en forma directa sobre la extinción de dominio a pesar de ser denunciada Colombia por esta figura. En la actualidad, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos ha sustanciado otros casos relativos a denuncias, por violentar la Declaración Americana, a las prácticas del Estado colombiano con la extinción de dominio. Véase *Informe n° 55/12* de fecha 20/03/2012, petición número 179-05 (Caso: *Jesús Amado Sarria Agredo e hijos vs. Colombia*). *Informe n° 48/17* de fecha 25/05/2017, petición número 338-07 (Caso: *Luis Fernando Leyva Micolta vs. Colombia*), *Informe n° 101/17* de fecha 05/09/2017, petición número 12.414 (Caso: *Alcides Torres Arias, Ángel David Quintero y otros vs. Colombia*). Al respecto, también, véase Sepúlveda, R. y Sánchez, D. “Polémicas demandas contra Colombia en la CIDH por extinción de dominio”, en: *Diario El Tiempo*, Bogotá, edición de fecha 15 de marzo de 2020, en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/colombia-demandada-ante-la-cidh-para-devolver-bienes-expropiados-472842> [Consulta: 20 de marzo de 2020].

¹⁵ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 3, 2020, 260 pp.

¹⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 38.192 de fecha 23 de mayo de 2005.

¹⁷ El *Basel Institute on Governance* es una Fundación suiza, sin fines de lucro, con sede en la ciudad helvética de Basilea. El Instituto apoya las operaciones de asistencia del Centro Internacional de Recuperación de Activos (ICAR), con el financiamiento del Principado de Liechtenstein. Además, recibe subvenciones de la USAID y el GIZ (*Deutsche Gesellschaft*

riencia nos favorecería el intercambio permanente con expertos latinoamericanos, todos, co-redactores de la LMEDO; incluso, obligándonos a publicar, en Buenos Aires, una edición iberoamericana que se emplea para la formación de fiscales y jueces de extinción de dominio fuera de las fronteras venezolanas¹⁸.

Una vez precisadas estas nociones introductorias de la extinción de dominio, tras analizar a detalle los pormenores e impacto real de la misma sobre la tradición jurídica venezolana desde 2018 cuando la Asamblea Nacional de 2015 había sancionado la *Ley de Recuperación de Activos Provenientes de la Corrupción*¹⁹. Por ello, formulamos en 2020 una suerte de pautas de obligatorio cumplimiento para adoptar con éxito la extinción de dominio. En su totalidad fueron once (11) desafíos que debíamos materializar para hacer del instituto una herramienta eficaz y eficiente en la lucha contra la corrupción para Venezuela²⁰.

Estos condicionantes que establecimos hace tres años fueron:

Primero, la relectura de las Convenciones y Tratados Internacionales que contemplan el decomiso sin condena, así como, la extinción de dominio.

für Internationale Zusammenarbeit). Para más detalles, véase <https://baselgovernance.org/about-us/governance> En la actualidad ocupamos uno de los cargos directivos de la red de expertos en extinción de dominio para América Latina.

¹⁸ Véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Penal y Procesal Penal, 2021, 218 pp.

¹⁹ El proyecto de ley fue introducido en 2018 y aprobado en segunda discusión el 4 de diciembre de 2018, como fue ampliamente reseñado por la prensa venezolana [<https://www.eluniversal.com/politica/27419/parlamento-aprobo-ley-de-recuperacion-de-activos-asociados-a-hechos-de-corupcion>]. En dicho proyecto se contempló la extinción de dominio como acción, específicamente, en su artículo 56 que había quedado redactado de la siguiente manera: “(...) Artículo 56. La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal o de otra naturaleza que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley. En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de extinción de dominio. Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme (...)”.

²⁰ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 3, 2020, pp. 232-240.

Segundo, la lectura de estos instrumentos internacionales no puede hacerse de forma unilateral por el Estado venezolano, como si de suyo, la política criminal interna estuviera por encima de toda la experiencia internacional acumulada por décadas.

Tercero, fundamentarnos en el concepto de Derecho penal a dos velocidades²¹, sobre todo, en lo que respecta al de segunda velocidad donde las penas no radican en la privación de libertad al condenado.

Cuarto, asumir un nuevo enfoque de la figura del comiso que, sin extinguirla en su carácter de pena accesorio, la evolución en decomiso sin condena no es para erradicar al primero, sino, para fortalecerlo.

Quinto, el decomiso sin condena posee dos facetas, una, la sustantiva dentro de la esfera del Derecho patrimonial -no penal- y la segunda, como *actio in rem*.

Sexto, la doble naturaleza del instituto nos lleva obligatoriamente a la revisión de su sistemática probatoria, siendo exhaustivos con el cumplimiento tanto del balance de probabilidades como de la carga dinámica de la prueba.

Séptimo, deberá tenerse en cuenta siempre los denominados “cuatro problemas colaterales” de la extinción de dominio y la confrontación directa con las garantías derivadas del Derecho penal; las tensiones con el principio de presunción de inocencia; el régimen probatorio no tan exigente como el requerido para los procesos penales; y, la superación de la cultura constitucional basada en concepciones clásicas²².

Octavo, asumir una disciplina terminológica y lingüística para distinguir al decomiso civil del resto de los comisos previstos en la legislación penal.

Noveno, reevaluar el carácter del concepto de “confiscación” presente en la Constitución desde 1830, pues, no puede bajo ninguna premisa asociarse al de extinción de dominio. Es más, en los países donde se asume el instituto, tiende a desaparecer el concepto de confiscación.

Décimo, establecer una estrategia para fundamentar una ley de extinción de dominio basada en el carácter supraconstitucional de los tratados y convenios internacionales, pues, Venezuela se encuentra dentro de los países que expresamente la Constitución (como fue el caso

²¹ Silva Sánchez, Jesús M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Euro Editores, 2011, pp. 19-20.

²² Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, p. 237.

de México y Argentina) contempla a la confiscación como mecanismo patrimonial sancionatorio, de carácter exclusivo, ante casos de corrupción, drogas o lavado de activos (Art. 271 de la Constitución de 1999).

Undécimo, que la extinción de dominio o el decomiso sin condena no pueden leerse para proteger un sistema político plagado de retaliaciones, pues, más que un mecanismo de corrección patrimonial contra lo adquirido “ilícitamente”, en un sistema que menoscaba los derechos fundamentales se mixtificaría en una forma de persecución política. Por ello, debe leerse la extinción de dominio con el enfoque garantista de los derechos fundamentales²³.

Dejando a un lado estas condicionantes necesarias para comprender al instituto que estudiaremos en las páginas siguientes, en este trabajo abordaremos, a título de introducción al instituto, la relación de la extinción de dominio con el decomiso civil o autónomo, revisando, a grandes rasgos, sus orígenes anglosajones y su introducción a los países del *civil law* por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) desde 1986, muchísimo antes de su consagración universal en la Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003) o la Ley Modelo de extinción de dominio de ONUDC (2011), éstas últimas, fuentes normativas supranacionales por excelencia del instituto bajo estudio.

Finalmente haremos un repaso sobre las tendencias contemporáneas de la extinción de dominio en América Latina y en Europa, verificando la necesidad de profundizar en el análisis sobre el instituto con percepciones disímiles²⁴, así como en la intención de los organismos multilaterales y supranacionales patrocinantes. Lo anunciado por la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, la segunda semana de junio de 2023²⁵, sobre una nueva directiva para enfrentar la

²³ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, p. 240.

²⁴ Sobre las percepciones de la ciudadanía y los empresarios en América Latina, relativa a la posible afectación del derecho de propiedad y flujo de inversiones por la extinción de dominio, véase Martínez Sánchez, Wilson Alejandro. “Extinción de dominio, derecho de propiedad y competitividad económica”, en: Restrepo Medina, Manuel Alberto (Edit.). *Debates contemporáneos sobre la propiedad*. Bogotá, Ediciones de la Universidad del Rosario, 2021, pp. 245-271.

²⁵ “La Comisión Europea propone una nueva Directiva para luchar contra la corrupción en toda la Unión”. En: *Confilegal*, Madrid, edición del 16 de junio de 2023, consultada en: <https://confilegal.com/20230616-la-comision-europea-propone-una-nueva-directiva-para-luchar->

corrupción en Europa, incluye nuevas reformas para el reforzamiento del decomiso sin condena, pero, afincándose en el origen criminal de la conducta ilícita²⁶.

II. EL COMISO AUTÓNOMO O DECOMISO SIN CONDENA Y LA VARIANTE LATINOAMERICANA: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Poco puede entenderse la extinción de dominio sino se estudia el concepto más omnicompreensivo y de mayor tradición global: *el decomiso sin condena, comiso autónomo, decomiso civil*, o “*decomiso*” a secas, como lo define UNCAC 2003²⁷.

Para el Derecho comparado²⁸, la *extinción de dominio* es una creación originaria del Derecho latinoamericano, en reconocimiento a los esfuerzos teórico-dogmáticos de Colombia²⁹. En este punto vale la pena detenernos en una comparación conceptual a los fines de establecer las líneas comunes entre las dos formas por excelencia de persecución patrimonial contra la delincuencia económica 2.0.

Para este punto, partimos por lo expresado en la exposición de motivos de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, que inicia explicando:

“(…) Es “*regional*” por cuanto fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran

contra-la-corrupcion-en-toda-la-union/ En las declaraciones, la máxima Comisaria Europea mostraba preocupación por la cifra que la corrupción moviliza en toda Europa: 120.000 millones de euros, que equivale al uno (1%) del PIB de toda las economías de los 27 países que conforman la Unión Europea.

²⁶ En efecto, desde el año 2022, tanto el Parlamento como el Consejo de Europa han venido trabajando en una nueva batería de normas contra el crimen organizado y la delincuencia económica, además de la corrupción. Véase “Los Estados de la UE aprueban proyecto de ley sobre recuperación de activos del crimen organizado”, en: *The Investing*, Madrid, edición del 09 de junio de 2023, consultada en: <https://es.investing.com/news/world-news/los-estados-de-la-ue-aprueban-proyecto-de-ley-sobre-recuperacion-de-activos-del-crimen-organizado-2409059>

²⁷ Artículo 2, literal g) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

²⁸ Blanco Cordero, Isidoro. “(…) Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea (...)”, pág. 297.

²⁹ *Ibidem*.

acoger la iniciativa. Por la misma razón, se adoptó el nombre de “extinción de dominio” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por “decomiso sin condena” término utilizado en otros ámbitos internacionales. (...)”³⁰ (subrayado nuestro).

A simple vista el documento oficial de la ONUDC indica que la *extinción de dominio* y el *decomiso sin condena* son términos sinónimos; pero, por razones de tradición histórica el primero tiene más aceptación en Latinoamérica, mientras que el decomiso sin condena, se aplica en ámbitos “internacionales” como en efecto se puede leer de UNCAC y los demás instrumentos globales, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos de América³¹.

Sin embargo, a pesar de la aparente y elemental sinonimia que nos indica la LMEDO, sí podemos afirmar la existencia de diferencias en ámbitos que van más allá de lo conceptual. Específicamente, si cotejamos no solo la LMEDO y las leyes que han aprobado la extinción de dominio en América Latina con la UNCAC 2003, encontraremos divergencias que nos obligan a plantearnos un reconocimiento al decomiso sin condena en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio venezolana, tal como lo hicimos saber cuando consignamos ante la Asamblea Nacional, el informe con las observaciones de rigor al proyecto de LOED³². Visto así, podemos encontrar algunas discrepancias entre la

³⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. 2011, *Ley Modelo sobre extinción de dominio*, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

³¹ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267, 1996.

³² Véase Urbina Mendoza, Emilio J. *Análisis preliminar sobre el proyecto de: Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Observaciones y Notas*, Caracas, 19 de abril de 2023, pp. 74-75. En efecto, nuestra propuesta era incorporar al decomiso sin condena en el artículo 1º de la LOED de la siguiente forma: “**Artículo 1.** Esta Ley tiene por objeto establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales relacionados, derivados o empleados en actividades ilícitas y la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, sin contraprestación ni compensación alguna. **Parágrafo Primero:** La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso judicial autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal, así como los relativos al decomiso sin condena penal previsto en la Convención contra la corrupción, que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya

extinción de dominio con el decomiso sin condena en lo relativo a sus fuentes, naturaleza, alcance y fundamento.

En relación a su **fuerce**, el *decomiso sin condena* aparece de forma evidente en los tratados y convenciones internacionales. En ningún documento trasnacional de la lucha contra la corrupción, se hace referencia alguna a la *extinción de dominio*, salvo, para el abordaje latinoamericano posterior a la LMEDO de 2011. Ni siquiera en la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 se hace alusión alguna a la extinción, siendo ésta última, contemplada desde 1936 en la legislación agraria colombiana y elevada al plano constitucional desde 1991³³, y, en el caso mexicano, desde la reforma expresamente para adaptar la extinción de dominio a su Constitución en 2019³⁴.

desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley. En los casos donde se ejerzan simultáneamente las acciones de decomiso sin condena penal y la de extinción de dominio, prevalecerá aquella que más se adecúe a la causa ilícita alegada como fundamento de la demanda interpuesta por el Ministerio Público, siempre y cuando, el objeto de las acciones sea sobre los mismos bienes plenamente identificados. (...)” (Cursivas nuestras).

³³ Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

³⁴ Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

No se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete la autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.

La acción de extinción de dominio se ejercitará por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos. Será procedente sobre bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con las investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por

Esto nos lleva a cotejar que la *extinción de dominio* ha sido una figura reconocida directamente por la Constitución de Colombia (Art. 34) y México (Art. 22), lo que la configura con rango y naturaleza constitucional³⁵, es decir, es una creación directa del constituyente que puede aplicarse de forma directa e inclusive, sujeta a que en su petición, ante la ausencia de ley expresa que la regule, pueda el juez otorgarla en razón de su mera concreción sin alegar teorías sobre *normas programáticas* que durante mucho tiempo estuvieron vigentes en Venezuela³⁶. Al contrario, el decomiso sin condena no se encuentra consagrada en ninguna Constitución Latinoamericana, pero, es el término más recurrente de los tratados (Decomiso) suscritos por los Estados contra la corrupción y toda forma de delincuencia económica.

Sobre su **naturaleza**, la extinción de dominio no oculta su inclinación hacia la teoría del *enriquecimiento sin causa*, mientras que, el decomiso sin condena o civil, se debate entre los apologistas de

servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud, secuestro, extorsión, trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos.

A toda persona que se considere afectada, se le deberá garantizar el acceso a los medios de defensa adecuados para demostrar la procedencia legítima del bien sujeto al procedimiento (subrayado nuestro).

³⁵ Explica Santander Abril, Gilmar. “La nueva estructura del proceso de extinción de dominio”, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*. Bogotá, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015, pág. 53, lo siguiente: “(...) Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era “constitucional”, lo cual dejaba esa acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines (...)”.

³⁶ Entendemos por normas programáticas “(...) Normas que no contienen proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de políticas legislativas, o a declarar derechos cuya consagración definitiva, dotando a las normas declarativas de eficacia plena, se deja a la intervención posterior del legislador secundario (...)”. Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid, RAE, 2020. Consultada en línea: <https://dpej.rae.es/lema/norma-programática>

aquella tesis y los que determinan que es una *accesoriedad*, como de suyo ocurre en la legislación europea³⁷. Al respecto vale la pena resaltar lo que indica la LMEDO sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio al establecer:

Artículo 2. Concepto. La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. (subrayado nuestro).

En el Ley mexicana³⁸, colombiana³⁹, peruana⁴⁰, salvadoreña⁴¹ y guatemalteca⁴² se ratifica que la *extinción de dominio* es una acción de carácter real (*in rem*) (artículo 11 de la LOED venezolana) que interpo-

³⁷ Al respecto, analizamos los pormenores del debate sobre la naturaleza jurídica del decomiso sin condena o civil. Véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 148-157.

³⁸ Artículo 3 de la *Ley Nacional de Extinción de Dominio* de 2019.

³⁹ Artículo 16.4 de la Ley número 1.849 de 2017 contentiva de la reforma del *Código de Extinción de Dominio*.

⁴⁰ Artículo III, 3.11 del Decreto Legislativo 1.373 de 2019 sobre extinción de dominio “(...) 3.11. *Incremento patrimonial no justificado: aumento del patrimonio o del gasto económico de una persona natural o jurídica notoriamente superior al que normalmente haya podido percibir en virtud de su actividad laboral o económica lícita o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, existiendo elementos que permitan considerar razonablemente que dicho incremento patrimonial proviene de actividades ilícitas (...)*”.

⁴¹ Véase Decreto legislativo 534/2013 y el 734/2017, éste último, contentivo de la reforma de la *Ley Especial de Extinción de Dominio de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*. Artículo 6. Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: (...) Omisión (...) c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, que provengan de actividades ilícitas.

⁴² Véase Decreto legislativo 55-2010 de *Ley de Extinción de Dominio*. “(...) Artículo 4. Causales de procedencia de la extinción de dominio. Son causales de acción de extinción de dominio, las siguientes: (...) Omisión (...) b) *Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley*, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas en cualquier campo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos. (...)”.

ne el Estado en razón de su disminución patrimonial e incremento sin causa de un particular, todo enmarcado dentro de conductas “ilícitas”. Así, no queda dudas que los legisladores latinoamericanos han concebido una forma peculiar, diferente a la tradicional acción por enriquecimiento sin causa, para conductas que si bien no requiere de una condenatoria penal, sí están vinculados de alguna forma a la actividad delictual, sobre todo, las tipificadas dentro de la categoría de criminalidad económica 2.0.

En lo atinente al **alcance**, la *extinción de dominio* es mucho más omnicompreensiva que el *decomiso sin condena*. En éste último se ha vinculado su aplicación a aquellos bienes enmarcados como réditos exclusivos de los delitos contra la corrupción, como apunta el artículo 54.1, c) de UNCAC, mientras que, la *extinción de dominio* abarca todos los comportamientos punibles que sean origen de “ilicitud”, como en efecto, indica pormenorizadamente la Ley salvadoreña 534/2013 reformada por la 743/2017⁴³, que precisa mejor un catálogo de “conductas consideradas ilícitas”, dado que, en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, no especifican cuáles ámbitos deben considerarse como “actividad ilícita”.

En el caso venezolano, la actividad “ilícita” a los efectos de extinción de dominio es de tipo restrictiva, quizá, la más objetiva de toda América Latina. Quedó redactada en los siguientes términos:

⁴³ Establece el artículo 5 de la *Ley Especial de Extinción de Dominio de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*, lo siguiente: “Art. 5- La presente ley se aplicará sobre cualquiera de los bienes que se encuentran descritos en los presupuestos que dan lugar a la extinción de dominio y provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la Hacienda Pública y todos aquellos hechos punibles que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados.

En los casos detallados, el juez de la causa deberá razonar fehacientemente la existencia de los presupuestos a fin que proceda la extinción de dominio e individualizar y determinar el origen o destinación ilícita de los bienes.

Para el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio”.

Definiciones

Artículo 5. Para los efectos de esta Ley, se entenderá como:

1. Actividad ilícita: Toda actividad tipificada en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente. (Subrayado nuestro).

Finalmente, en lo que respecta al **fundamento**, si bien ambas instituciones poseen una finalidad común como es prescindir de una condena penal para proceder a la recuperación de los activos producto de actividades ilícitas, en la *extinción de dominio* se afina ese por qué de su existencia en la falta de consolidación o legitimidad del titular del derecho real propiedad, es decir, que la *ilicitud* para obtener dicho bien ha sido motivo suficiente para evitar consolidar el dominio o propiedad. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido⁴⁴:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (subrayado nuestro).

⁴⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*).

A diferencia de la *extinción de dominio*, el decomiso sin condena no cuestiona en sí la constitucionalidad del origen de la propiedad adquirida de forma ilícita, sino que, al concretarse los supuestos legales; sería procedente el *comiso* de bienes sin requerir una sentencia condenatoria penal previa. Su fundamento tiene como esencia, según lo ha dispuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una “(...) *institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte beneficioso* (...)”⁴⁵.

1. El comiso autónomo, decomiso civil o decomiso sin condena.

Luego de analizar aspectos terminológicos entre la extinción de dominio y el decomiso civil, visto que pareciera a simple vista que son dos conceptos totalmente diferentes; pudimos comprobar que son la misma institución con algunos contrastes precisados en relación con su fuente, naturaleza, alcance y fundamento. Sin embargo, debemos advertir que la doctrina más universal no hace alusión a la extinción de dominio sino al decomiso sin condena, también bautizado como “civil” o “comiso autónomo”. Éste último es de mayor antigüedad (siglo XVIII) que el concepto de extinción de dominio (1936); pero, en el proceso de innovación en la lucha contra la delincuencia económica, poco a poco, sobre todo a finales de los años 80 del siglo XX, los dos conceptos fueron acercándose hasta constituir una sola institución donde lo característico es que no requiere de una sentencia penal condenatoria para proceder a la confiscación de los bienes de origen o disposición ilícita.

Lo históricamente calificado por “comiso” es su esencia como “pena accesoria” a una condena penal⁴⁶, ha sufrido modificaciones, o, mejor dicho, adiciones que lo han apartado de esa naturaleza histórica propia del Derecho penal. A este comiso clásico, se le conoce a nivel internacional como “comiso directo o tradicional”, inserto en casi todos

⁴⁵ Véase Sentencias *Cecil Stephen Walsh v. Reino Unido* (21 de noviembre de 2006) y *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein* (10 de julio de 2007).

⁴⁶ Sobre la evolución del comiso “directo” o tradicional en comiso autónomo, lo explicamos en nuestro libro de forma cronológica y progresiva. Es más, en la tantas veces citada obra, precisamente el mérito al escribirla fue exponer cómo una pena accesoria tradicional terminó en evolucionar hacia nuevas tipologías y modelos de decomisos sin condena. Para más detalles, véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 87-167.

los códigos penales de corte garantista, de clara herencia del *commis-sium* del Derecho romano⁴⁷.

Por eso es por lo que comenzamos a explicar el decomiso sin condena a los fines de comprender el concepto más universal para así revisar los detalles de su versión latinoamericana conocida como extinción de dominio. Lo relevante en todo momento es que no solo el decomiso es un concepto, sino que, también su aplicación varía hasta el punto de concebirse los denominados “modelos de decomisos sin condena”⁴⁸. Cada modelo difiere muchas veces de lo unificado en la Directiva 2014/42/UE de la Unión Europea, hasta el punto de que cada cierto tiempo debe revisarse cada uno de ellos como se puede verificar en los sendos informes y resoluciones de naturaleza comunitaria preparados entre 2014 y 2023⁴⁹.

Hechas estas advertencias sobre la falta de uniformidad de los decomisos sin condena, tanto en Europa como los diferentes NCB norteamericanos, podemos definir al mismo como: *acción de naturaleza civil*,

⁴⁷ En específico, véase la *Lex Calpurnia de pecunia repetundis* (149 a.c.). Sobre los detalles, véase Bialostosky, Sara. “La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen repetundarum”, en: *Revista de la Facultad de Derecho*, Vol. 58, n° 250, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 137-154. En nuestro libro explicamos los pormenores Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 88-91.

⁴⁸ Blanco Cordero, Isidoro. ... Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea ... pág. 298. El Parlamento Europeo, antes de la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril de 2014, había preparado tanto una Resolución (11.06.2013) como Recomendación (2012/2117 INI, n° 22) donde invitó a los Estados miembros de la Unión para que considerasen la aplicación de “modelos de decomiso civil” en aquellos casos donde, tras un balance de probabilidades y sujeto a la autorización de un tribunal, pudiera demostrarse que los bienes son producto del delito o son utilizados para actividades criminales. Es por ello que la literatura europea habla más de “modelos de decomisos civiles” que “el decomiso civil” a secas. En 2019 The Commission Staff Working Document, preparó un informe intitulado *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*, Bruselas, SWD (2019) 1050 final, de fecha 12 de abril de 2019. En este documento oficial de la Unión Europea, se analizó los diferentes decomisos sin condena aplicados y reglamentados en el espacio territorial de los miembros de la Unión.

⁴⁹ Véase Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Resolución 2218, 2018: fighting organised crime by facilitating the confiscation of illegal assets*, n° 6. Economic Crime and Cooperation Division. Consejo de Europa. *The use of non-conviction based seizure and confiscation*, Bruselas, Octubre de 2020. Comisión Europea: *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación y comisos de activos*, Bruselas, COM/2020/217/final, n° 19, 2020.

*de carácter patrimonial por la cual el Estado, en ejercicio de funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas con la corrupción, priva a los particulares de la propiedad de sus bienes sin requerimiento de una condenatoria penal previa, una vez cubierto los extremos previstos en la legislación especial diseñada bajo parámetros internacionales sobre la materia*⁵⁰.

Primero, *es una acción judicial*. Para preservar las mínimas garantías constitucionales, que en los estados sociales de Derecho se concentra en la actividad jurisdiccional, debemos encasillarla dentro de la esfera de un proceso judicial. Como explicamos en nuestra obra publicada con el profesor Rafael Jiménez Tapia⁵¹, por más que aceptemos la presencia de un Derecho penal a dos velocidades formulada en la tesis del profesor Silva Sánchez, donde en los tipos de delitos relacionados a penas no privativas de libertad se relajen los principios y garantías, así como reglas de imputación; no implica que se descarte el proceso judicial como el mejor escenario sin que genere sospechas.

Por otra parte, sabemos, -sobre todo en América Latina-, de la perniciosa tradición de poderes ejecutivos omnipotentes que se inmiscuyen, sin limitaciones algunas, a la hora de privar a los ciudadanos de sus derechos. Así, calificarla como acción judicial otorgaría un mínimo de garantías y estabilidad⁵².

Segundo, es de *naturaleza civil patrimonial*. Esta calificación facilita la autonomía del *decomiso sin condena* del cordón umbilical penal, como expresa Santander Abril⁵³. Lo patrimonial implicaría enfocarlo desde el derecho de las obligaciones, más precisamente con instituciones eficientes con resultados paralelos como es el caso del *enriquecimiento injusto* que en otras legislaciones (incluida la venezolana) se le conoce como “sin causa”, figura de vasta tradición en los países tributarios del Código Civil francés de 1804⁵⁴. En esta forma generadora de responsabilidad civil, se demanda porque en el negocio jurídico una de

⁵⁰ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pág. 146.

⁵¹ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pág. 147.

⁵² Silva Sánchez, Jesús M. *Ob. cit.*, pág. 83.

⁵³ Santander Abril, Gilmar. ... *La emancipación del comiso del proceso penal* ... , pág. 488.

⁵⁴ Al respecto, véase Roca Sastre, Ramón María y Puig Brutau, José. *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y Contratos*, Madrid, Aranzadi/Thomson Reuters, 2009, Vol. I, pág. 572.

las partes ha visto incrementar su patrimonio sin que medie una causa que es el fundamento del contrato.

Tercero, el *Estado la ejerce en ejercicio de sus funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas a la corrupción*. A pesar de su emancipación del proceso penal, el *comiso* autónomo es una consecuencia de la política criminal del Estado, siguiendo los lineamientos de las organizaciones supranacionales especializadas, que busca evitar a toda costa que el enriquecimiento ilícito se instale como forma para obtener ganancias. Como bien lo precisa Guillermo Jorge, el principio “nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas”⁵⁵, ilumina -desde el origen del *comiso*- las directivas criminales de los Estados en materia anticorrupción. El *decomiso son condena* cumple también un papel *preventivo*, en razón que al encarecer los costes delictuales por gravitar sobre cualquier persona -natural o jurídica- la amenaza de la privación de la propiedad, coloca sobre el tapete de los criminales la opción de ejecutar el acuerdo o no. Ningún bien puede ser empleado para el perjuicio de la sociedad, y por tanto, el Estado está obligado a impedirlo a cualquier costo.

Cuarto, *privación de la propiedad de bienes a personas*. Esta privación difiere de otras instituciones similares como la confiscación, la incautación, la expropiación, el aseguramiento de bienes y la recuperación de activos. Lo importante estriba en la capacidad de extender dicha exacción hacia las personas jurídicas, que en materia criminal, ha conllevado múltiples polémicas no resueltas todavía en el Derecho penal⁵⁶. Máxime, al no tener claro el horizonte en la teoría penal general, poco más sería complicado la vinculación de las mismas en los delitos contra la corrupción⁵⁷.

⁵⁵ Jorge, Guillermo. *La recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, pág. 67.

⁵⁶ Al respecto, véase Bacigalupo, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Bosch Editorial, 1998. Ontiveros Alonso, Miguel (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

⁵⁷ Véase Rodríguez García, Nicolás. “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: AAVV. *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Ediciones de la Universidad del Rosario, 2011, pp. 417-482.

Quinto, *basado en elementos objetivos previstos en la legislación bajo parámetros internacionales*. Quizá sea uno de los puntos más decisivos del *decomiso civil*, ya que, su aplicación al no requerir una condena penal previa, así como tampoco mediar una causa de utilidad pública para privar del derecho de propiedad sobre unos bienes; exigiría del legislador la mayor escrupulosidad al momento de plasmar en la norma cuáles serían los elementos para que el juez pueda determinar el *decomiso*. En efecto, consideramos que el mayor éxito de esta institución se centra en una clarificación legislativa sobre cuáles elementos probatorios, indicios y presunciones (balance de probabilidades y carga dinámica de la prueba) debería ponderar el juez al momento de entablarse esta acción de privación de la propiedad contra los particulares.

Por otra parte, estos elementos tampoco pueden responder a los caprichos del legislador, cuando estamos en presencia de un flagelo de magnitudes incalculables por la apropiación de recursos que originalmente su finalidad es para el desarrollo de las sociedades⁵⁸. Nos explicamos. Si bien es cierto los tratados internacionales no ordenan a los Estados que los suscriben la adopción “automática” de sus contenidos, sino que sirven como referencias; no puede alegarse razones de soberanía para incorporar arbitrariamente lo que debería calificarse como *decomiso sin condena*. Para ello, existe a nivel del Derecho comparado suficientes sistemas, que coadyuvarán en la construcción de los diferentes modelos de decomisos que no pierda su norte en materia de lucha contra la delincuencia económica: *encarecer los costes de la misma*.

1.1. Orígenes en el Derecho angloamericano. Las NBC y las UWO’S

El modelo prototípico de decomiso civil o sin condena, antes de su proyección y carta de naturalización en los sistemas del *civil law*, posee sus raíces incuestionables en el contexto del Derecho angloamericano. Bajo el mote *civil forfeiture* las acciones judiciales o administrativas, dependiendo, como apunta Guillermo Jorge, del monto involucrado, el tipo de propiedad y si alguien puede responder a la demanda de decomiso⁵⁹. No solo es un medio sino también una sanción independiente

⁵⁸ Jorge, Guillermo. *Ob. cit.*, págs. XIV-XVI.

⁵⁹ Jorge, Guillermo. *Ob. cit.*, pág. 91.

con el fin de obtener a como dé lugar la propiedad, aunque, posee un rasgo característico en los Estados Unidos y es su carácter preventivo⁶⁰.

En los Estados Unidos este tipo de procesos *in rem* se les conoce con las siglas universales NCB (*Non-Conviction Based*). En esta acción de decomiso, la fiscalía norteamericana orienta su estrategia alternativa y complementaria a la persecución penal. La acción va dirigida contra el activo en sí y no contra el titular aparente. Al estar direccionada contra el bien, puede ejecutarse, o bien en un contexto de proceso penal, de forma independiente de un juicio o investigación criminal.

Los NCB poseen un nivel probatorio menor al garantista propio del Derecho penal. Como señalan los autores Greenberg y otros⁶¹, la misión originaria de las *actio in rem* fue común en el derecho del almirantazgo, donde, podía demandarse directamente al “barco” y no al capitán, ni a la tripulación, ni mucho menos al armador si con dichos navíos se cometían “actos de piratería” o servían para el tráfico de esclavos. Si el gobierno incautaba un barco pirata o negrero, así como su carga, pero no consiguió capturar al dueño del barco, se interponía una acción de decomiso de activos sin condena (NCB) contra el buque e invitaba al pirata o esclavista a comparecer ante el tribunal para impugnar la acción. Este es quizá el antecedente más remoto de las NCB anglosajonas.

En pocas palabras, quien trasgrede el ordenamiento jurídico en la ficción anglosajona de las NCB no son las personas sino los bienes en sí mismo. Esto permitirá liquidar el dominio de quien nominalmente lo detente. En la actualidad, tal como apunta Little, las NCB se han convertido en un “*poderoso mecanismo para lograr el cumplimiento de las leyes, quizá el que más ha alterado el paisaje legal de los Estados Unidos*”⁶².

En el Reino Unido, las acciones *in rem* se les bautiza como las *Unexplained Wealth Orders (UWOs)* (*recurso de privación de bienes*

⁶⁰ Jorge, Guillermo. *Ob. cit.*, págs. 92-93.

⁶¹ Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Winggate y Gray, Larissa. *Recuperación de activos robados. Guía de buenas practicas para el decomiso de activos sin condena*. Bogotá, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, 2009, pp. 14-15.

⁶² Little, Robert B. “United States v. Ursery and the abrupt end to the extension of double jeopardy protections to civil forfeitures”, en: *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 2, n° 1, 1996, pág. 149.

no justificados)⁶³, que consisten en órdenes sobre el patrimonio que no puede ni explicarse ni justificarse su origen. Permite a las autoridades administrativas que un juez dicte una orden para privar de sus bienes a una persona donde el patrimonio luce no sólo injustificado, sino, injustificable, debido a la no existencia de proporcionalidad entre los ingresos y éste⁶⁴. Rompe así con el concepto tradicional de la carga de la prueba, ya que, es el titular de los bienes quien debe demostrar que proceden de fuente lícita.

En cuanto al procedimiento, Guillermo Jorge indica que en el Reino Unido el decomiso sin condena está regulado como una “*deuda del individuo con la Corte o con la agencia gubernamental para la recuperación de activos*”⁶⁵. En ningún caso -y es lo sobresaliente de la figura- no puede vincularse esta deuda con noción penal de culpabilidad del deudor. Su procedencia se sustenta en un sistema de presunciones que siempre apuntará hacia los indicios y no la plena prueba.

1.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como creador del “decomiso sin condena” en Europa.

Mucho antes de la Convención de Mérida (2003) y la Directiva 2014/42/UE como documentos normativos supranacionales referenciales, la configuración del decomiso sin condena, tal como explicamos en el punto anterior, procede de forma innegable al Derecho angloamericano. Su introducción dentro de las familias del Derecho continental o *civil law*, ocurre tras varios fallos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) entre 1986 y 1995, hasta el punto de que el profesor Vervaele mostraba preocupación por la creciente influencia del modelo norteamericano del *civil forfeiture*, al adquirir cada vez más una posición relevante no solo como medio, sino también, como sanción independiente⁶⁶.

⁶³ Blanco Cordero, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 19-16, 2017, p. 30.

⁶⁴ Blanco Cordero, Isidoro. *Ob. Cit.*, pág. 31.

⁶⁵ Jorge, Guillermo. *Ob. cit.*, pág. 95.

⁶⁶ Vervaele, John A.E. *Ob. Cit.*, pág. 67.

En efecto, cronológicamente las decisiones de mayor peso que introducen el decomiso sin condena y lo modelan para adaptarlo al sistema constitucional del resto de países de la Unión, sin afiliación al *common law*, son:

- *Agosi Vs. Reino Unido* (24 de octubre de 1986)
(primera doctrina jurisprudencial vinculante sobre las acciones *in rem*, vinculadas al decomiso).
- *Welch Vs. Reino Unido* (09 de febrero de 1995)
(refuerza la idea de confiscación sin orden o acusación penal previa, basta con demostrarse que el objeto es de origen o ha sido empleado para fines “ilícitos”. Además, introduce el concepto de “balance de probabilidades” y la “presunción de ilicitud”, éste último, desvirtuable por el titular aparente si logra probar que no existe relación entre el origen “ilícito imputado” y el patrimonio).
- *Air Canada Vs. Reino Unido* (05 de mayo de 1995)
(sentencia que establece los parámetros del decomiso sin condena, indicando que éste último puede ser consecuencia de una evaluación razonable de los intereses públicos en juego al analizarse la función de la propiedad) (Vervaele indica que esta fue una sentencia “decepcionante” porque creó un “peligroso precedente que genera la tentación en los Estados de sustraer las sanciones de carácter patrimonial a las severas condiciones de protección jurídica del Derecho Penal y de la Carta Europea de los Derechos Humanos-CEDH”⁶⁷).
- *Cecil Stephen Walsh Vs. Reino Unido* (21 de noviembre de 2006)
(sentencia que establece identifica a los decomisos *in rem* como una institución similar a la restitución del Derecho civil en casos de enriquecimiento injustificado y persigue evitar que el delito resulte beneficioso)
- *Dassa Foundation and Other Vs. Liechtenstein* (10 de julio de 2007)
(sentencia que ratifica el criterio del fallo *Cecil Stephen Walsh*)

⁶⁷ Vervaele, John A.E. *Ob. Cit.*, pág. 71.

- *Gogitidze and Others Vs. Georgia* (12 de mayo de 2015) (sentencia que establece, de forma más acabada, los parámetros netamente “civiles” de los decomisos *in rem*. En estos procesos no existe ni imputación penal ni mucho menos son aplicables las garantías penales del artículo 6.2 de la Carta Europea de los Derechos Humanos-CEDH. Ratifica el papel fundamental del balance de probabilidades en estos juicios).

Como apuntó Vervaele, en 1996, en plena era previa a la sociedad del riesgo global inaugurada con los ataques a las torres gemelas en septiembre de 2001; los patrimonios ya no están limitados por los ordenamientos jurídicos nacionales, así como tampoco, por la relajación de la política criminal de un Estado. La cooperación internacional en cuanto a la investigación, embargo y confiscación patrimonial exige que los Estados adapten mecanismos globales, no penales y de naturaleza patrimonial para la lucha contra la delincuencia económica⁶⁸.

1.3. La Convención de Mérida contra la Corrupción (UNCAC 2003).

Tras lo expuesto por la jurisprudencia del TEDH como moldeadora del decomiso sin condena desde 1986, la concreción de una norma referencial global ocurrió cuando se aprueba la denominada coloquialmente *Convención de Mérida*⁶⁹, aunque oficialmente es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (siglas universales en inglés: UNCAC 2003). Este documento internacional normativo, vinculante para los Estados co-suscribientes, si bien no podemos calificarlo como el “culmen” de las iniciativas normativas globales, busca orientar

⁶⁸ Vervaele, John A.E. *Ob. Cit.*, pág. 80.

⁶⁹ Suscrita en la ciudad de Mérida, Península del Yucatán (México), en fecha 31 de octubre de 2003. Sobre los antecedentes véase Vásquez-Portomeñe Seijas, Fernando. “La lucha contra la corrupción en la agenda internacional: algunas reflexiones sobre el ámbito y contenidos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En: AAVV. *Represión penal y estado de Derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*. Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 1081-1094. En Venezuela, véase Vargas, Edmundo. “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las convenciones de la OEA y ONU”, en: *Nueva Sociedad*, N° 194, 2004, pp. 133-148. También, como fuente de primera mano, véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida*, Viena, ONU, 2005.

a los legisladores nacionales para introducir nuevas tendencias de la temática sobre los decomisos sin condena, sea para prevenir o reprimir como bien afirma el profesor Nicolás Rodríguez García⁷⁰.

Nunca podría concebirse las regulaciones de los tratados para ser copiados íntegramente por nuestros legisladores, ya que, el proceso de adopción y conversión en Derecho interno del contenido de estos implica muchas veces “sensibles polémicas”, buena parte de las mismas legítimas, como las que siempre trae consigo el decomiso sin condena o la extinción de dominio. Por mencionar algunas, tenemos: *desconocimiento de la presunción de inocencia o la seguridad jurídica en torno al derecho de propiedad*. Por otra parte, la técnica de elaboración de estos convenios busca una cooperación activa entre los Estados para no sólo adoptar figuras como la abordada en el presente estudio (extinción de dominio), sino también, para su análisis, actualización y monitoreo periódico en los niveles de implementación⁷¹.

No vamos a explicar en esta oportunidad los pormenores sobre cómo se introduce el decomiso sin condena en UNCAC 2003. Lo exponemos en nuestro libro⁷² analizando los antecedentes, sobre todo, lo debatido años atrás para la construcción de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)⁷³.

UNCAC 2003 contempló dos artículos, de forma expresa y sin atenuantes, el decomiso sin condena. Lo hace bajo una “fórmula de invitación”, donde resalta la expresión “(...) *decomiso de esos bienes sin que medie condena* (...)”. Veamos los dispositivos:

Artículo 53

Medidas para la recuperación directa de bienes

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros

⁷⁰ Rodríguez García, Nicolás. “Decomisa que algo queda como estrategia dominante e influente en los sistemas penales para poner freno a la sociedad incivil”, en: AAVV. *Derecho y proceso. Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 2173.

⁷¹ Rodríguez García, Nicolás. ... Decomisa que algo queda ... , p. 2174.

⁷² Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 68-74.

⁷³ Sobre los orígenes de la Convención Interamericana contra la Corrupción, véase Benito Sánchez, Carmen D. “Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción”, en: *Iustitia*, N° 6, 2008, Universidad Santo Tomás, pp. 12-15.

Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención; (...)

Artículo 54.

Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso

Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

(...)

C) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados (...)” (subrayado nuestro).

Es evidente que el artículo 55 hace alusión directa a la extinción de dominio, mientras que, el 54.1, literal c) al decomiso sin condena penal. Es la primera vez que un instrumento normativo de calibre internacional contempla -y fundamenta- ambos mecanismos civiles para perseguir la delincuencia económica. Lo que hasta 2003 había sido producto de la jurisprudencia del TEDH (para Europa), o en América Latina, la legislación colombiana y su jurisprudencia constitucional; con UNCAC pasa a otro nivel normativo visto que, como apunta Rodríguez García, “los delincuentes [económicos] procuran con frecuencia ocultar el producto, los instrumentos y pruebas del delito en más de una jurisdicción, aprovechando la máxima movilidad que otorga los medios de transporte y las ventajas informática de nuestros días”⁷⁴.

Lo relevante del caso es que estos dispositivos, adoptados por Venezuela sin formular reserva parcial, fundamenta la incorporación de decomiso sin condena en nuestra legislación, inclusive, pudiéramos alegar que se calificaría como de supraconstitucional, en la medida que

⁷⁴ Rodríguez García, Nicolás. ... Decomisa que algo queda ... , p. 2179.

ya sabemos que tanto el artículo 116 como el 271 de la Constitución de 1999 sólo reconoce la existencia de la “confiscación” como pena accesoria de una sentencia penal que condene a los autores en los delitos que menciona el texto constitucional.

Sin entrar a explicar, en esta oportunidad, aspectos de justificación sobre cómo el haber suscrito Venezuela la UNCAC 2003 abre las puertas para sortear las restricciones de la Constitución de 1999, remitimos a los análisis y escenarios planteados en nuestro libro⁷⁵. También, es necesario, para la conformación de una opinión integral del asunto, revisar el trabajo, con las preocupantes y legítimas advertencias formuladas por el profesor Allan R. Brewer-Carías. A dicho estudio nos remitimos⁷⁶.

2. La Directiva 2014/42/UE de 2014 y las propuestas de reforma por la Unión Europea de 2022.

Por las razones de peso como fuente, el estudio del decomiso sin condena pudiera resultar incompleto sino hacemos referencia a la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del Delito⁷⁷. El documento normativo comunitario aborda de forma monográfica la temática del comiso (directo, ampliado, sin condena, etc.) en toda la Unión Europea. Es un horizonte de regulación, desdibujado para un sector de la doctrina⁷⁸, pero, que ha servido de referencia para las reformas en la legislación europea que todavía no habían incluido el decomiso sin condena, pero, que por vía de la doctrina jurisprudencial vinculante del TEDH, era aplicado en el respectivo país.

No vamos a explicar los pormenores de la Directiva en cuestión. También remitimos a nuestro libro donde nos detenemos a revisar cada

⁷⁵ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 70-71 y 209-218.

⁷⁶ Brewer-Carías, Allan R. *Confiscación, comiso y extinción de dominio: Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales*. Nueva York, 2 de mayo de 2023, puede consultarse en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/05/A.-B.-Brewer-Carias-Comentarios-a-la-Ley-de-Extincion-de-domino-y-sus-incongruencias-inconstitucionales-2023.pdf>

⁷⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, n° L. 127, de fecha 29 de abril de 2014.

⁷⁸ Blanco Cordero, Isidoro. “(...) Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea (...)”, pág. 298.

dispositivo vinculado con el decomiso sin condena⁷⁹. Sin embargo, el valor de este tipo de normativas supranacionales es su adaptación a modelos de decomisos más que cualquier otra iniciativa particular de los Estados, que como advierte el profesor Blanco Cordero, neutralizaría la “tentación de algunos legisladores de incorporar mecanismos penales más peligrosos para los derechos humanos”⁸⁰.

El artículo 4.2 de la Directiva bajo estudio contempla un modelo específico de decomiso sin condena, por cierto, diferente al previsto en el TEDH y en los sistemas angloamericanos. La diferencia estriba tanto por el concepto de lo que debe entenderse por “infracción penal”⁸¹, así como en los supuestos de procedencia. Sobre éstos últimos pasamos a transcribir el artículo:

Artículo 4 *Decomiso*

(...)

2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio (...)” (Subrayado nuestro)

El texto contempla el modelo de decomiso “restringido”, en el sentido que establece condiciones para que sea declarado por otra vía diferente a la penal. Cuando el numeral 2 nos indica que “(...) *en caso*

⁷⁹ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 71-77.

⁸⁰ Blanco Cordero, Isidoro. “(...) Hacia un modelo de Decomiso sin condena en la Unión Europea (...)”, pág. 301.

⁸¹ El artículo 3 de la Directiva menciona los tipos penales a los que se refiere el decomiso, circunscritos a 12 fuentes normativas comunitarias, que van desde el Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción, hasta la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo relativa a los ataques contra los sistemas de información. En fin, es demasiado “elástico” el concepto de “infracción penal” que autoriza la Directiva a los jueces.

de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1 (...)”, está indicándonos cuando no pueda ser decretado el llamado Comiso Directo (pena accesoria), previa resolución penal firme condenatoria. Es decir, cuando por razones enfermedad o fuga del sospechoso o acusado, no pueda ser condenado penalmente, sus bienes sí pudieran ser objeto de un decomiso sin sentencia penal condenatoria previa. También, la Directiva aumenta los requisitos para evitar desviarse en otros instrumentos que pudieran rayar en la más solapada confiscación a secas. Nos indica que, exista una ventaja económica de manera directa o indirecta de la persona con relación a los bienes decomisados, así como, que, si se hubiesen dado el correspondiente procedimiento penal, la sentencia no habría dudas que haya sido condenatoria. A estos supuestos se incorporó la muerte del acusado, pues, es un principio universal que los bienes adquiridos de forma ilícita no generan derechos de propiedad, y al no hacerlo, mal podría transmitirse esa propiedad hacia sucesores o legatarios. La muerte no puede blanquear un delito económico, y por ello, es que se recurre al decomiso sin condena, donde, no aplica el principio que, una vez fallecida la persona, se extingue cualquier acción penal.

Esta Directiva de 2014 ha sido reforzada en 2018⁸², donde, repetimos, el nexo “nuclear” del decomiso es demostrar con altísima precisión el origen o empleo del bien con una actividad delictiva sin que se busque la culpabilidad del titular aparente de dicho bien. Este documento va a reforzarse con la propuesta de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación de activos⁸³,

⁸² *Reglamento 2018/1805*, del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. En su artículo 2, numeral 3, literal d) textualmente indica: “(...) Artículo 2 Definiciones. A los efectos del presente Reglamento, se aplicarán las definiciones siguientes: (...) 3) “Bienes”: cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los documentos o instrumentos jurídicos acreditativos de un título o derecho sobre esos bienes que, a juicio de la autoridad de emisión: (...) d) Sea objeto de decomiso a tenor de cualesquiera otras disposiciones en materia de facultades de decomiso, incluido el decomiso sin condena firme de conformidad con el Derecho del Estado de emisión a raíz de un procedimiento relativo a un delito (...)” (Subrayado nuestro).

⁸³ Véase proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y Consejo de Europa sobre recuperación y decomiso de activos de fecha 25 de mayo de 2022 COM (2022) 245 final 2022/0167 COD.

ya aprobada como iniciativa, pero, que será discutida en las próximas semanas por la plenaria. En esta última se amplía las hipótesis para acudir al decomiso sin condena, específicamente, más allá de la muerte, enfermedad o fuga del reo. Incluye para los casos donde la persona goce de inmunidad penal, diplomática, sea beneficiaria de un indulto o amnistía, así como, para los casos de prescripción de la acción penal. El texto de la propuesta está redactado bajo el siguiente tenor:

Artículo 15

Decomiso no basado en sentencia condenatoria

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir, en las condiciones contempladas en el apartado 2, el decomiso de instrumentos y productos, o de los bienes a que se refiere el artículo 12, o que se hayan transferido a terceros a efectos del artículo 13, en casos en los que se hayan incoado procedimientos penales que no haya podido continuar debido a las circunstancias siguientes:

- a) Enfermedad del sospechoso o acusado;
- b) Fuga del sospechoso o acusado;
- c) Fallecimiento del sospechoso o acusado;
- d) Inmunidad penal del sospechoso o acusado según la legislación nacional;
- e) Amnistía concedida al sospechoso o acusado según la legislación nacional;
- f) Expiración de los plazos fijados por la legislación nacional, cuando dichos plazos no sean lo suficientemente prolongados para permitir la investigación y el enjuiciamiento efectivos de las infracciones penales pertinentes.

2. El decomiso sin sentencia condenatoria previa se limitará a las infracciones penales que puedan dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial, y únicamente en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que concurren todos los elementos de la infracción.

3. Antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución de decomiso en el sentido de los apartados 1 y 2, los Estados miembros velarán porque se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho.

4. A los efectos del presente artículo, el concepto de “infracción penal” incluirá los delitos enumerados en el artículo 2 cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años.

Artículo 16

Decomiso de patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para permitir el decomiso de bienes cuando el decomiso no sea posible de conformidad con los artículos 12 a 15 y se reúnan las condiciones siguientes:

- a) Los bienes se hayan embargado dentro de una investigación de delitos cometidos en el marco de una organización delictiva;
- b) La infracción penal contemplada en la letra a) pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica sustancial;
- c) El órgano jurisdiccional nacional haya resuelto que los bienes embargados se derivan de infracciones penales cometidas en el marco de una organización delictiva.

2. A la hora de determinar si los bienes embargados proceden de una actividad delictiva, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidos los hechos concretos y las pruebas disponibles, tales como que el valor de los bienes sea sustancialmente desproporcionado con respecto a los ingresos lícitos del titular del bien.

3. A los efectos del presente artículo, el concepto de “infracción penal” incluirá los delitos contemplados en el artículo 2 cuando lleven aparejada una pena privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años.

4. Antes de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución de decomiso en el sentido de los apartados 1 y 2, los Estados miembros velarán porque se respeten los derechos de defensa de la persona afectada, en particular, concediendo acceso al expediente y reconociendo el derecho a ser oído en cuestiones de hecho y de Derecho.

El texto como puede apreciarse, sobre todo la propuesta del artículo 16, acerca más al decomiso sin condena europeo a las líneas maestras de la extinción de dominio latinoamericana. La figura del decomiso de “patrimonio no explicado vinculado a actividades delictivas”, nos reproduce el concepto de “ilicitud de origen” de los bienes y patrimonios, esencia de la extinción de dominio.

III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Es prácticamente un ejercicio baladí sólo referirnos a la extinción de dominio sin haber estudiado la figura globalmente conocida como decomiso sin condena o decomiso civil, como en efecto, lo hicimos en las líneas precedentes. Sin embargo, mucho antes que la UNCAC 2003 y de la propia jurisprudencia del TEDH, América Latina había ensayado una versión propia del decomiso sin condena penal previa⁸⁴. Específicamente hacemos alusión al concepto de extinción de dominio, vocablo construido desde el Derecho colombiano a partir de su legislación agraria de 1936, y que se trasladaría a los ámbitos de persecución patrimonial, a finales de los años 80 del siglo XX.

La importancia de Colombia en lo relativo a la extinción de dominio es de tal magnitud, que en el Derecho comparado latinoamericano es necesario hacer referencia a tres términos sobre algún atributo, característica, consecuencias y terminología relativo a la extinción de dominio: *la tesis dominante* (versión colombiana), *la tesis contraria* y *las tesis desafiantes*. Debo indicar que la introducción de este instituto en Colombia ha sido exitosa sobre todo para aplacar las graves consecuencias patrimoniales de actividades como el tráfico ilícito de drogas.

El modelo colombiano será asumido, inclusive, por la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (LMEDO) aprobada por la ONUDC en su programa de asistencia legal para América Latina y el Caribe.

1. El prototipo latinoamericano de la extinción de dominio: Colombia y su Corte Constitucional.

Como indicamos, hablar de extinción de dominio como versión exclusiva latinoamericana es hacer referencia en esencia del Derecho colombiano al que se le debe este nominativo, y por el cual, no hablemos en nuestro continente de leyes de decomiso sin condena o civil. Las principales características de la extinción de dominio (*actio in rem*, cuestionamiento del origen propietario, ilicitud del bien y no culpabi-

⁸⁴ Sobre la historia de la extinción de dominio en América Latina, véase nuestro libro (edición iberoamericana) Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 119-161.

lidad del titular, la desproporción patrimonial, la imprescriptibilidad procesal, la buena fe calificada, la retroactividad y retrospectividad; así como, el estándar probatorio basado en el balance de probabilidades y carga dinámica de la prueba) fueron en su momento originadas desde la legislación y jurisprudencia colombiana⁸⁵.

El origen de la extinción de dominio viene dado en la legislación colombiana agraria de 1936 como apunta Santander Abril⁸⁶. En este contexto se extinguía el “dominio” sobre el fundo si el propietario contravenía sus funciones constitucionales, empleando el inmueble para actividades no cónsonas con el régimen de suelo productivo. Este mecanismo será adaptado como mecanismo punitivo cuando el Gobierno Colombiano del presidente César Gaviria Trujillo, dicta el Decreto 2790 de 1990, en el cual se creaba el denominado Estatuto para la defensa de la Justicia para el orden público.

Este Decreto tipificó por primera vez la extinción de dominio en el ámbito que se le conoce en nuestros días, sobre aquellos bienes incautados u ocupados en lo que se denominó la “jurisdicción de orden público”⁸⁷. Sin embargo, esta tipología primigenia de extinción de dominio solo operaba:

“(…) En realidad, se establecía una extinción de dominio para los casos de abandono de bienes o contumacia de los titulares de los derechos sobre bienes afectados, pues esta primera forma de extinción de dominio no se sustentaba en un presupuesto sustancial o causal, pues partía de una presunción tácita de que los bienes sobre los cuales recaía, habían sido incautados u ocupados por ser producto, medio o instrumento de algún delito de competencia de la jurisdicción de orden público, y atribuía la consecuencia jurídica de la extinción de dominio por el transcurso del tiempo y por la inactividad del interesado (...)”⁸⁸.

⁸⁵ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2021, pp. 144-145.

⁸⁶ Santander Abril, Gilmar. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*. Bogotá, Tesis de maestría en Derecho Penal, consultada en original, Universidades Santo Tomás de Aquino y Salamanca, 2018, pág. 114.

⁸⁷ Santander Abril, Gilmar. ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... pág. 71

⁸⁸ *Ibidem*.

Nótese que más que una figura autónoma, su incorporación en estos primeros estadios del ordenamiento de extinción de dominio, lo ubicaba como una “consecuencia ante inactividad de la parte afectada”, es decir, operaba más cercano al concepto de prescripción extintiva a favor del Estado que como lo conocemos hoy en día como comprobación de la “licitud” de origen del bien. Tras varias décadas de evolución, es innegable que la extinción de dominio sirvió para mejorar la gobernabilidad en Colombia⁸⁹.

La Justicia Constitucional Colombiana, en específico, su Corte Constitucional ha moldeado a lo largo de 30 años la extinción de dominio en la nación neogranadina. Por eso partimos por diferenciar a Colombia del resto de naciones, que más allá de haber sido quien introduce en su legislación (agraria) la extinción de dominio (1936), fue la primera que lo elevó a rango constitucional en 1991.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en extinción de dominio debe estar por el orden del doble millar de fallos, muchos de ellos, piezas de análisis y ejemplo sobre cómo una correcta Justicia constitucional adopta y moldea una institución donde están en juego no sólo el derecho de propiedad, sino también, el sistema de protección patrimonial, columna vertebral del desarrollo socioeconómico de una nación.

En primer lugar, sería la Corte Constitucional de Colombia quien establecerá unos parámetros provisionales, sobre todo de carácter procesal, entre 1991 y 1996, antes de la aprobación de la primera ley sobre extinción de dominio (Ley 333 de 1996)⁹⁰. Influirá la Corte en la aplicación y recta interpretación de este instrumento legal, así como, con la polémica Ley 793 de 2002⁹¹ y sus reformas, hasta allanar el camino

⁸⁹ Al respecto, véase Martínez Sánchez, Wilson A. *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano. Lecciones aprendidas de Justicia y Paz*. Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016, 72 pp.

⁹⁰ Ley 333 de 1996, de diecinueve de diciembre, mediante el cual se establece las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita. La Corte Constitucional sirvió para armonizar reglas que parecían enfrentarse, en específico, las provisionales contempladas en el Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700) y las de la propia Ley 333.

⁹¹ Sobre esta ley existe la más paradigmática decisión de la Justicia Constitucional Colombiana, como lo apuntamos, en extinción de dominio, y es la sentencia C-740 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo vs. Ley 793 de 2002*).

del actual Código de Extinción de Dominio de 2014⁹², modificado en 2017⁹³.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional establecerá las pautas y zanjará los puntos polémicos relativos a las tensiones con el derecho de propiedad y su diferenciación en cuanto al origen y atributos; valores y componentes. De igual forma, determinó la justicia constitucional, los fundamentos sobre la separación de la dimensión sustantiva de la adjetiva de la extinción de dominio.

Son múltiples las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia que ha introducido variantes y rasgos característicos de la extinción de dominio. Sin embargo, la más emblemática decisión es la sentencia C-740 de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*), sobre la cual, se ha erigido los precedentes del resto de sentencias del máximo intérprete judicial de la Constitución en la nación neogranadina.

En relación con el concepto de *actio in rem*, médula de la esfera procesal de la ED, tenemos:

“(…) es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviviente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad (...)”⁹⁴.

⁹² Ley 1708 de 2014 mediante el cual se crea el Código de Extinción de Dominio.

⁹³ Ley 1849 de 17 de julio de 2017, mediante el cual se reforma el Código de Extinción de Dominio.

⁹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm> [Consulta: 17 de agosto de 2020].

Esta sentencia también decidirá aspectos sobre las razones por las cuales se separa la noción de “ilicitud” de “punibilidad”, hasta el punto de fundamentar que:

“(…) el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social (...)”⁹⁵ (subrayado nuestro).

Y prosigue la Corte en dicho fallo C-740, sobre el tratamiento de la retroactividad de la acción:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (subrayado nuestro).

Son cientos de fallos, que por el contexto de este trabajo no vamos a ventilar sobre la jurisprudencia colombiana, sino, será en otro libro

⁹⁵ *Ibídem*.

que estamos preparando sobre las grandes decisiones de la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio.

2. El programa de asistencia de las Naciones Unidas y la Ley Modelo de extinción de dominio.

En el mes de abril de 2011, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito publica la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (LMEDO). Como producto de conocimiento, este texto se desarrolló en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe. Como indica su propia exposición de motivos, la LMEDO se construyó como una nueva herramienta práctica que facilita la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo, es decir, se enfocó hacia el verdadero espíritu de las acciones patrimoniales del decomiso sin condena: combatir la delincuencia económica 2.0.

La LMEDO recogió prácticamente la experiencia colombiana, desprendiéndola de aquellos elementos propios del sistema jurídico neogranadino para hacerlo más compatible con los Estados que abrazaran el proyecto. Como bien ha indicado la exposición de motivos, a lo largo de una década se ha ido actualizando “periódicamente”, más que nada por la jurisprudencia constitucional en los países donde ha sido recibido. En septiembre de 2021, nos correspondió trabajar en el equipo de las jornadas conmemorativas a la primera década de LMEDO, presentando un documento que intitulamos “La influencia de la justicia constitucional en la extinción de dominio”⁹⁶.

Su estructura contiene nueve (09) capítulos, cada uno de ellos trasladados de la experiencia colombiana dominante como en doctrina se le conoce⁹⁷. El articulado recoge aspectos fundamentales de la extinción de dominio como es la definición de “actividad ilícita” que la identifica como “*toda actividad tipificada como delictiva*” y “*cualquier actividad*

⁹⁶ <https://www.unodc.org/peruandecuador/es/noticias/2021/10-aos-de-la-ley-modelo.html> También, véase <https://www.unodc.org/colombia/es/unodc-conmemora-los-10-anos-de-la-ley-modelo-de-la-extincion-de-dominio.html#:~:text=UNODC%20conmemora%20los%20diez%20años,24%20de%20septiembre%20de%202021>.

⁹⁷ Véase Solórzano, Oscar; Cheng, Dennis y Guimaray, Erick. *Retrospectividad e imprescriptibilidad en la Extinción de dominio*. Basilea, Basel Institute on Governance-International Centre for Asset Recovery, 2021, 14 pp.

que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley”⁹⁸. El número abierto responde también a la inspiración del único aparte del artículo 34 de la Constitución colombiana de 1991 que califica que todo aquello que implique “grave deterioro de la moral social”, legitima las acciones de extinción de dominio. En este punto, y quizá como uno de los elementos más positivos, Venezuela en su LOED se separó de la tesis abierta para abrazar el modelo de extinción de dominio más restrictivo de toda América Latina, pues, solo puede proceder cuando los bienes sean adquiridos o destinados ilícitamente en casos de corrupción, delincuencia organizada, financiamiento del terrorismo, legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La LMEDO recoge los aspectos más polémicos de la extinción de dominio, como son la retroactividad, retrospectividad e imprescriptibilidad de la acción. Estos elementos, además de ser difíciles de asimilar en buena parte de los sistemas del *civil law*, son el mérito que facilita la efectividad y razón de existir de la extinción de dominio. De nada sirve contemplar un mecanismo constitucional de corrección patrimonial si éste no puede hacer su trabajo en cualquier tiempo, inclusive, antes de su entrada en vigor. Debemos recordar que la interposición de la denominada *excepción de retroactividad*, sólo opera para leyes punitivas que contemplan penas o sanciones. Al respecto debo recordar que la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos una sanción, así, voces autorizadas la hayan calificada como confiscación sancionatoria⁹⁹. La acción de extinción de dominio va dirigida hacia los bienes no hacia las personas, ni siquiera, contra los titulares aparentes.

Uno de los aspectos que fueron resaltados en las jornadas conmemorativas a la primera década de la LMEDO, fue una propuesta de conversión de “Ley Modelo” hacia “Protocolo de seguimiento de extinción

⁹⁸ Artículo 1, literal a. de la LMEDO.

⁹⁹ Vervaele, John A.E. *Ob. Cit.*, pág. 67. El artículo 24 de la Constitución de 1999 es pristino en cuanto a su finalidad que son leyes “penales”. “Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea”. (subrayado nuestro).

de dominio”. Para el año 2011 cuando se aprobó el instrumento latinoamericano, apenas Colombia, Guatemala, Honduras y México poseían legislación de extinción de dominio. Para septiembre de 2021, no tenían extinción de dominio Nicaragua, Costa Rica, Cuba, Haití, Panamá y Venezuela. Los casos de Brasil y Paraguay se excluyen por cuanto han decidido acogerse al régimen de los Acuerdos de Lenidad¹⁰⁰. Para 2023, sólo Nicaragua, Costa Rica, Cuba, Haití y Panamá no contemplan legislación de extinción de dominio.

Ante la cada vez más reducida lista de países sin el instituto, proseguir con una ley modelo sería más bien contraproducente, pues, implicaría mantener estancado el modelo de extinción de dominio en la fotografía de 2011 cuando se aprobó la LMEDO. Esta dinamicidad se palpa en un aspecto crucial para el tema bajo análisis, y no es más que la ausencia en la LMEDO de la base por excelencia de la probática en extinción de dominio: *el balance de probabilidades* y la *carga dinámica de la prueba*¹⁰¹. Sólo hace referencia reglas de valoración de la prueba a través de la “sana crítica”¹⁰², ésta última, sin más valor para un proceso calificado de naturaleza civil patrimonial.

Aunque estamos contestes que la regulación probatoria corresponde más que a una ley modelo supranacional a la reserva legal de cada Estado, la jurisprudencia comparada latinoamericana a lo largo de 14 años, ha comprobado la necesaria incorporación en la extinción de dominio pues son una suerte de mecanismos de “*equilibrio procesal, que impide, por un lado, implementar un juicio sin las garantías al debido proceso, y por el otro, una efectividad probatoria necesaria ante la ausencia de una sentencia penal condenatoria*”¹⁰³.

Otro de los aspectos del modelo de extinción de dominio de ONUDC, es el programa de asistencia para aquellos países que deciden

¹⁰⁰ Sobre el particular, véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Los Acuerdos de lenidad en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Colección de Estudios Jurídicos n° 145, 2021, 209 pp.

¹⁰¹ Véase el desarrollo de esta materia en nuestra obra Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2021, pp. 139-144.

¹⁰² Artículo 34 de la LMEDO.

¹⁰³ Aguado Correa, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2014, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, pág. 41.

acogerse tanto para la formación como para la aplicación de la legislación sobre el instituto¹⁰⁴.

En este orden de ideas, relativa a ONUDC, en mayo de 2021 la Asamblea General de las Naciones Unidas exhortó a todos los países que integran su seno, para la aceptación e incorporación de las diferentes figuras de persecución patrimonial contra el enriquecimiento ilícito, tal como se puede leer en la Resolución de 28 de mayo de 2021¹⁰⁵:

“(...) 40. We will adequately address requests based on non-criminal proceedings, including civil, administrative non-conviction-based proceedings, as well as those related to information concerning unexplained assets held by public officials, where appropriate and consistent with domestic legal systems and applicable international obligations, with a view to, inter alia, strengthening global efforts to prevent corruption, sanctioning acts of corruption and corruption-related offences and recovering and returning proceeds of these offences in accordance with the Convention

47. We commit to using the available tools for asset recovery and asset return, in accordance with domestic law, such as conviction-based and non-conviction-based confiscation, as well as direct recovery mechanisms as outlined in chapter V of the Convention, and to sharing knowledge on and continuing to discuss and develop innovative modalities to clarify and improve mutual legal assistance processes in order to more efficiently advance asset recovery proceedings and render them more successful. We recognize that the best and most adequate use of each legal remedy must be determined by the competent authorities on a case-by-case basis and is dependent on domestic law requirements. (...)” (subrayado nuestro)

Este compromiso de todos los Estados pronto incidirá en la concreción global, en un marco no mayor de cinco años (2026) para que todas las Naciones del orbe cuenten con legislación sobre decomiso sin

¹⁰⁴ Véase <https://www.unodc.org/unodc/es/frontpage/2017/November/la-unodc-capacita-sobre-prdida-de-dominio-de-bienes-vinculados-al-narcotrifico-en-el-marco-de-las-convenciones-de-naciones-unidas.html>

¹⁰⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución A/S-32/L.1, Draft resolution submitted by the President of the General Assembly. Our common commitment to effectively addressing challenges and implementing measures to prevent and combat corruption and strengthen international cooperation*. Nueva York, 21 de mayo de 2021, párrafos 40 y 47.

condena o extinción de dominio. De esta manera, podemos concluir en este punto, que estamos en presencia de una institución de carácter global que más allá de concebirse como un único instituto, estamos en presencia de diferentes modelos, cada uno, acondicionado a las exigencias de la Constitución y legislación interna de los Estados.

3. Las variantes jurisprudenciales en América Latina y su propuesta alternativa y/o de oposición a la versión colombiana en contenidos sobre extinción de dominio.

La presencia de “modelos” sobre extinción de dominio ha permeado en América Latina. Si bien la versión dominante colombiana sigue influyendo en la construcción del instituto en nuestros países, ya se puede palpar voces “desafiantes” a la horma neogranadina. Inclusive, en 2021 aparecieron las primeras versiones negacionistas de algunos atributos característicos de la extinción de dominio, como es el caso de Ecuador y México, quienes no han eliminado la figura, pero, la han debilitado. También ocurrió en Venezuela con la sentencia número 315 de fecha 28 de abril de 2023 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁶.

Increíblemente nuestro país, al día siguiente de la sanción de la LOED, se apartó del núcleo duro y la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, otorgándole unos elementos que en nada se asocian con ninguno de los modelos estudiados, ni siquiera, con el modelo más restrictivo presente en la Directiva 2014/42/UE que analizamos cuando abordamos el decomiso sin condena en Europa.

Al argumentar la Sala sólo se dedica a comentar casi exegéticamente los artículos fundamentales de la ley, repitiendo un razonamiento que no es cónsono con el control sobre la organicidad del texto, específicamente:

¹⁰⁶ Sobre los pormenores de esta sentencia, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito, de la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, Caracas, 2023. puede consultarse en: https://www.academia.edu/101351221/La_Justicia_constitucional_y_la_extinción_de_dominio_Comentarios_y_observaciones_sentencia_315_SCTSJ

“(…) Efectivamente, en el caso de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, el legislador ha querido desarrollar el derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado, habida cuenta de que éste constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales, debido a que tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas necesarias y apropiadas, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad patrimonial de la República y sus propiedades, instituyendo un elemento de suprema importancia para el desenvolvimiento y la correcta administración de todos los bienes que quedarán bajo la administración del órgano especializado en virtud de la adopción vía cautelar, de acuerdo con los principios de eficiencia y transparencia de la función pública.

En razón de ello, esta Ley no puede menos que situarse en el orden de la jerarquía orgánica de las leyes de la República, según se subsume en la categorización que instruye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 203, conforme al análisis expuesto *supra*.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, pues ésta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto: Conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia n° 537 del 12 de junio de 2000, caso “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*”, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio ostenta el carácter técnico-formal que la erige en una ley que regula la ética, la lucha anticorrupción, la legalidad, la justicia, la buena fe, y el sistema sancionatorio que debe aplicarse a los titulares aparentes de los bienes y afectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinadas a éstas, regulación ésta que al estar enmarcada en los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 3, 49, 114 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

subsumibles, en su orden, en la segunda, tercera y cuarta categoría prevista en el artículo 203 constitucional (...)” (subrayado nuestro)

Sorprende que el examen previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de una ley del calibre de la extinción de dominio haya sido abordado de forma tan baladí, confundiendo categorías como por ejemplo que es una ley que regula la “ética”. Esto quiere decir que, según la Sala, que la ley regulará la decisión humana según las opciones tras un proceso de discernimiento¹⁰⁷. En pocas palabras, un disparate epistemológico y filosófico.

En segundo lugar, además de no decir nada constitucionalmente relevante, puede encontrarse la típica falacia de *ignoratio elenchi* (conclusión inatinerante por ignorancia del asunto). En este tipo de razonamientos el problema está en que se introducen elementos que no es relevante para el tratamiento del eje argumental central, en este caso, de una ley que desarrolla un instrumento de persecución patrimonial contra aquellos bienes adquiridos “ilícitamente”. ¿No hubiese sido más fácil que la Sala en la sentencia desarrollara lo que significa en sí la extinción de dominio como nuevo instrumento en una estrategia del Estado venezolano para luchar contra la corrupción?

Por otra parte, el fallo, desconociendo inclusive el articulado de la ley bajo análisis sobre su organicidad, incluye esta desviación:

“(…) Por lo que se puede afirmar que el instrumento normativo aquí analizado además viene a desarrollar la severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)” (subrayado nuestro).

Hemos indicado, así como en toda la doctrina y jurisprudencia comparada analizada en las líneas precedentes, que la extinción de

¹⁰⁷ Sobre el problema de la ética, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y la jueza venezolana y la ética de la interpretación jurídica”, en: Guibert Ucin, José M. (Coord.) *Cooperativismo, Empresa y Universidad. In memoriam de Dionisio Aranzadi Tellería sj*. Bilbao, Ediciones de la Universidad de Deusto, 2010. También, de nuestra autoría, “Ética, hermenéutica y argumentación”, en: Parra Aranguren, Fernando (Coord.) *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 2002.

dominio es una acción de carácter “civil”, patrimonial para ser más omnicomprendivo. Como nos indicó el profesor Jiménez Tapia, este párrafo de la sentencia anula en sí la naturaleza del instituto, desnaturalizándola, pues, la extinción de dominio no es ni una pena ni mucho menos se ha construido para hacer “más severo” los delitos. Sencillamente la punibilidad no tiene ninguna relación con la ilicitud en la extinción de dominio. Por tanto, estas tres líneas refuerzan nuestra crítica al elevar a niveles jamás vistos la falacia *ignoratio elenchi*.

Lo curioso del asunto, y acá ratifica lo que apuntamos sobre la clásica *ignoratio elenchi*, es que la única justificación que pudiera alegarse para otorgarle el carácter orgánica a la ley proviene de un descuido por el propio legislador. Nos explicamos. Ni el proyecto de ley orgánica discutido, ni mucho menos la ley sancionada y hoy promulgada por el Presidente de la República, no reparó en contemplar un artículo que dilucidara un problema procesal que traerá consigo consecuencias imprevistas. Hacemos referencia a la coordinación que debe existir entre los diferentes procedimientos de decomisos presentes en la legislación venezolana que pudiera traer una cuestión previa relacionada a la prejudicialidad. Sólo el artículo 16 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio nos alude a esta hipótesis, pero de forma muy imprecisa.

Así, está ley es orgánica siguiendo la previsión del artículo 203 de la Constitución venezolana de 1999, para que ésta sirva de marco normativo del *subsistema de acciones de naturaleza patrimonial* y coordine las otras categorías de comisos presentes en el Código Penal, la Ley Orgánica de Drogas, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley contra la Corrupción y finalmente, el *comiso autónomo o decomiso sin condena* previsto en la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁰⁸.

Por otra parte, al contemplarse la creación de tribunales especializados en extinción de dominio¹⁰⁹, así como fiscalías especializadas en

¹⁰⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 38.192, de fecha 23 de mayo de 2005.

¹⁰⁹ Disposición transitoria primera de la LOED. En relación a esta disposición, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Resolución 2023-0002 de fecha 24 de mayo de 2023, estableció lo siguiente con relación a los tribunales que conocerán de la materia:

la materia¹¹⁰, en un lapso de 60 días contados desde la publicación en Gaceta Oficial de la LOED, es atinente armonizar esta última con las previsiones de las leyes orgánicas que regulan tanto al Ministerio Público como al propio Poder Judicial.

Sobre las otras posturas negacionistas de elementos sobre la extinción de dominio tenemos el caso de Ecuador y México. Vamos a analizar las decisiones.

La Corte Constitucional del Ecuador, mediante un dictamen de fecha 17 de marzo de 2021 (Nº 1-21-OP/21), con ponencia de la magistrada Daniela Salazar Marín, declaró inconstitucional el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio. En ese momento, la hoy vigente Ley Orgánica de Extinción de Dominio del Ecuador era un proyecto que se sometía a controles previos de constitucionalidad. Al respecto, se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la acción declarándola “inconstitucional”, en razonamiento extenso que pasamos a transcribir *in toto*:

“(…) 47. En línea con lo expresado en los párrafos precedentes, la Corte considera que la razón provista por el presidente de la República para objetar el carácter imprescriptible de la acción, no es suficiente para viciar de inconstitucionalidad a estas normas. Esto es así puesto que, si bien los artículos 46, 80, 233, 290 y 396 de la Constitución establecen supuestos de imprescriptibilidad de acciones reconocidos constitucionalmente, ello no implica que exista

Artículo 1 – Se asigna la competencia a nivel nacional para tramitar las causas en materia de Extinción de Dominio en primera instancia y en segunda instancia, a los Tribunales Civiles de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que se indican en la presente Resolución; hasta tanto se creen los tribunales especializados en la materia, por imperativo de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. **Artículo 2.** – Conocerán en primera instancia de los procedimientos en materia de Extinción de Dominio los Tribunales Tercero, Sexto, Séptimo y Noveno de Primera Instancia Civil con Competencia Nacional, en consonancia con la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. **Artículo 3.** – Conocerán en segunda instancia de los procedimientos de Extinción de Dominio el Tribunal Superior Tercero, Noveno y Décimo en lo Civil, con Competencia Nacional, en consonancia con la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. **Artículo 4.** – Se delega en la Sala de Casación Civil, la coordinación de los Tribunales con competencia en materia de Extinción de Dominio. **Artículo 5.** – Los tribunales que tengan causas con bienes incautados y recuperados, deberán informar en el lapso de treinta (30) días hábiles, la relación de los mismos al Servicio de Bienes Recuperados.

¹¹⁰ Disposición transitoria segunda de la LOED.

una prohibición absoluta de establecer otros supuestos de imprescriptibilidad, siempre que se lo haga en respeto del principio de reserva de ley y que el legislador determine si existe una obligación derivada de otra fuente supra legal u otras razones que justifiquen su inclusión a la luz de la Constitución.

48. Respecto a lo primero, la Asamblea ha manifestado que el Proyecto de Ley responde al cumplimiento de obligaciones internacionales del Ecuador como suscriptor de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Todos estos instrumentos contienen disposiciones relativas a la obligación del Estado de fijar plazos de prescripción prolongados para el juzgamiento de los delitos comprendidos en cada una de estas convenciones. Sin embargo, la obligación internacional se limita a las acciones para perseguir los delitos contenidos en dichos instrumentos y se refiere a la necesidad de establecer plazos prolongados, mas no a establecer la imprescriptibilidad. En consecuencia, la Corte no identifica que exista una obligación internacional de dotar de imprescriptibilidad a la acción de extinción de dominio.

49. Resta entonces por analizar si existen razones derivadas de principios o valores constitucionales que justifiquen la inclusión de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio y que provean un beneficio que sea proporcional a la afectación generada al derecho a la seguridad jurídica.

50. Para ello, conviene primero analizar las razones provistas por la Asamblea para defender la constitucionalidad de la inclusión de esta figura al Proyecto de Ley. Al respecto, la Asamblea manifiesta que la imprescriptibilidad se estableció como una consecuencia del principio de nulidad de origen, bajo la consideración de que el paso del tiempo no hace lícito el origen de los recursos ilícitos con los que se adquirió un bien, y de que en el caso contrario se estaría legalizando el lavado de activos por el paso del tiempo. A partir de lo anterior, la Asamblea sostiene que el Estado, en ejercicio de su soberanía, tiene la atribución de declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier tiempo.

51. La Corte observa que, en el razonamiento de la Asamblea, se encuentra implícita la idea de que la prescripción cumple una función de “saneamiento” de vicios. A juicio de esta Corte la razón ofrecida por la Asamblea parte de una confusión conceptual respecto a la naturaleza y objeto de la institución de la prescripción. La prescripción no tiene como objeto validar actuaciones anteriores o sanear algún vicio del bien, sino proveer un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el que la acción por vicios redhibitorios de bienes muebles prescriba en 6 meses, no implica que transcurrido ese tiempo se haya saneado el vicio del bien, sino únicamente que ya no se puede intentar la acción para reclamar en vía judicial.

52. Lo anterior resulta aun más claro si se considera la prescripción de las acciones y penas de los delitos. Si se asume como cierta la tesis planteada por la Asamblea, esta también implicaría que, una vez cumplido el plazo de prescripción de la acción o de la pena de un delito, el efecto sería que esta conducta deje de ser ilícita por el paso del tiempo y pase a ser aceptada por el ordenamiento jurídico, cuando este no es el caso.

53. A la luz de lo anterior, la Corte considera que las razones provistas por la Asamblea no justifican la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio. Por lo demás, el argumento del legislativo relativo a la soberanía del Estado es insuficiente para declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier momento, pues implicaría desconocer los límites impuestos a la conducta del Estado por el derecho constitucional a la propiedad.

54. Como se señaló en este Dictamen, la lucha contra la corrupción puede justificar la creación de nuevos mecanismos que respondan a la complejidad de este y otros fenómenos delictivos y, ello puede llegar a encontrar justificación en la función social del derecho a la propiedad. Sin embargo, la Corte considera que la imprescriptibilidad de una acción susceptible de afectar a todo bien que el Estado considere obtenido mediante un acto contrario al ordenamiento jurídico, impone una carga excesiva y desproporcionada a todas las personas, en la medida en que implicaría que las justificaciones respecto a la licitud de todo bien y de los fondos utilizados para adquirirlo deban ser preservadas por todas las personas a perpetuidad e incluso por sus herederos, a riesgo de que, en un tiempo futuro, infinito e indeterminado, el Estado les imponga la obligación de

demostrar la licitud del bien so pena de ver extinguido su derecho de dominio sobre el mismo.

55. Esta situación se agrava aun más si consideramos que la extinción de dominio, al referirse a bienes con independencia de quién sea su propietario, tiene la potencialidad de afectar a terceros que hayan adquirido bienes de buena fe, los cuales igualmente pasarían a estar obligados a preservar a perpetuidad las pruebas respecto a la adquisición de todo bien y frente a quienes el Proyecto de Ley no establece mecanismos adecuados para que puedan hacer valer sus derechos en el proceso de extinción de dominio.

56. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio es inconstitucional por ser incompatible con el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución. Consecuentemente, procede la objeción presidencial respecto al carácter imprescriptible de la acción fijado en el artículo 4 del Proyecto de Ley y, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 14 literal d) del Proyecto de Ley.

57. De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución, en concordancia con el artículo 132 de la LOGJCC, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad parcial de un Proyecto de Ley, la Asamblea Nacional debe realizar las enmiendas necesarias para adecuarlo a los términos previstos en el dictamen, para que luego pase a sanción del presidente de la República. Al respecto, es pertinente señalar que determinar el tiempo de prescripción de una acción es un aspecto de configuración legislativa, que, siempre que establezca un tiempo razonable para el ejercicio de la acción, no riñe con ningún precepto constitucional. En consecuencia, el legislador cuenta con un amplio margen para establecer el término de prescripción que considere oportuno. (...)” (subrayado nuestro).

Sin entrar a discutir sobre los métodos de interpretación constitucional empleados por la Corte Ecuatoriana, así como, no guardamos ningún rencor sobre su abordaje y tratamiento de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio; hemos encontrados algunas falencias propias de los razonamientos de la Corte y que valdría la pena exponer para el debate hacia el futuro de la institución bajo análisis, a los fines de precisar las razones por la cual se ha apartado de la tesis dominante colombiana.

En primer lugar, la sentencia arguye empleando *la falacia del accidente inverso*, cuando afirma que los tratados y convenciones internacionales no contemplan la imprescriptibilidad para el tratamiento de las acciones de penas y delitos (sic). Pues bien, la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos un delito, como tantas veces hemos explicado a lo largo del presente estudio, por lo que lógicamente la Corte estaría realizando una generalización apresurada sin percatarse sobre la categoría diferenciada y consolidada a lo largo de 3 décadas de la *extinción de dominio*.

En segundo lugar, se aborda a la prescripción *sólo desde una de las aristas que la componen*, como es la de garantizar certeza a los miembros de una comunidad jurídica sobre hasta cuándo puede un titular de un derecho subjetivo ejercerlo. En este punto la Corte omite otras funciones propias de la prescripción como es la garantía de transformar una obligación cierta en natural. Debemos recordar que la prescripción en sí lo que transforma dentro de cualquier obligación y/o contrato es la pérdida de la facultad para enervar un derecho objetivo, en este caso, el derecho de propiedad que al aplicarse sería una forma evidente de “saneamiento” de la misma al titular aparente. Curiosamente fundamenta con un ejemplo inoportuno -e incompatible con la extinción de dominio- como es la *acción redhibitoria*, ésta última, para garantizar al comprador el resarcimiento por vicios ocultos presente en objeto de un contrato de venta.

En tercer lugar, y quizá hasta imperdonable en una Corte Constitucional, sea el empleo de dos falacias *ad hominem circunstancial*. La primera al tratar de reforzar el razonamiento anterior sobre la función de certeza de la prescripción, señala el sentenciador que la misma debe entenderse dentro del contexto de la acción penal, cuando hemos estudiado a lo largo del presente trabajo que la extinción de dominio se ha emancipado de la acción penal desde hace décadas. La segunda falacia es que asocia a la imprescriptibilidad como una suerte de instrumento de violación a las limitaciones del Estado con respecto al derecho de propiedad.

En cuarto lugar, extiende el aforismo romano *mors omnia solvit* presente como principio de la extinción de las obligaciones, hasta extremos insospechados, inaceptables e ilegales para la moderna legislación civil. La Corte indica que otorgarle imprescriptibilidad a la extinción de

dominio, implicaría justificar *ad infinitum* el origen del bien, inclusive, a sus sucesores cuando acarrearla la muerte del titular aparente¹¹¹. Pues bien, para la propia teoría de las obligaciones, es imposible que exista una confusión patrimonial por simple herencia -testada o intestada según sea el caso- generando un blanqueamiento patrimonial como si la muerte fuera un elemento legitimador de bienes de origen ilícito.

Sencillamente, el causahabiente nunca tuvo derechos sobre dichos bienes, y por tanto, mal podía transmitirlos por vía sucesoria algo que jamás conformó su patrimonio. Más bien preocupa que toda la posible actividad probatoria en materia de legítima adquisición, la Corte la haya terminado de extender el odioso mote de “*probatio diabolica*”, presente en la investigación sobre adquisiciones inmobiliarias. En el mismo orden de ideas asocia al tercer adquirente de buena fe equiparándolo con el mismo efecto de sus sucesores, lo que más bien genera un razonamiento complejo que busca inducir a un error. Todos sabemos que el tratamiento del tercero adquirente de buena fe tiene su propia regulación en la institución tanto del comiso autónomo como de la extinción de dominio.

Finalmente cierra la motiva con una tautología incomprensible como es la declaratoria de *incompatibilidad de la imprescriptibilidad con el derecho a la seguridad jurídica*, sin esgrimir cuál fue su proceso de ponderación, puesto que, la imprescriptibilidad también es una

¹¹¹ En este sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, de fecha 14/11/2013, en su proceso interpretativo constitucional, obtiene una *versión diametralmente opuesta* al máximo intérprete de la Constitución del Ecuador, pero, también diferenciada de la versión colombiana. Establece en dicha sentencia de 2013, lo siguiente: “(...) El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito, importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho. (...)” (subrayado nuestro). En efecto, si el titular aparente nunca fue amparado por el derecho de propiedad en razón de la ilicitud de origen, mal podría transferir derechos a sus sucesores o legatarios, pues, no puede otorgarse aquello del cual no se tiene derecho.

garantía al derecho a una administración pública transparente. Por tanto, la Corte estaba al frente de una situación clarísima de enfrentamiento entre derechos y garantías fundamentales, que como indica Rodríguez de Santiago¹¹², se resuelve a través de un delicado mecanismo de ponderación entre esos derechos. En ningún párrafo de la decisión puede revisarse la apelación del juez constitucional ni al principio de proporcionalidad ni mucho menos al obligatorio *test* de ponderación¹¹³ ante el falso dilema planteado.

Para evitar que se extienda este tipo de criterios y razonamientos falaces como el indicado por la Corte Constitucional del Ecuador, para el resto del continente, proponemos centrarnos en la misma esfera de aplicación de la prescripción dentro del Derecho patrimonial para así otorgarle contenido a lo que significa la “imprescriptibilidad” dentro de la extinción de dominio. Uno de los ejemplos gráficos de la adaptación de reglas sobre prescripción, que se asemeja dentro del derecho patrimonial en la esfera contractual, es la *acción de simulación*, ésta última, de señera raigambre en el Derecho civil occidental¹¹⁴.

En la simulación existe un negocio jurídico aparente y otro que se ha ocultado, el cual, resulta ser el verdadero. Lo característico es la

¹¹² Al respecto, véase Rodríguez de Santiago, José M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

¹¹³ Es consolidada en la jurisdicción constitucional de occidente, cuando exista un dilema entre derechos, la aplicación de la Ley de la Ponderación que es sucedánea del principio de proporcionalidad. En este sentido, Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pág. 161, plantea: “(...) cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (...)”. En el caso de marras, la Corte no indicó en ningún aspecto cual era esos grados de satisfacción -ni podía hacerlo porque era impertinente ya que la extinción de dominio no es un derecho fundamental- de uno u otro derecho en pugna.

¹¹⁴ Sobre la simulación, véase Sánchez Bueno, María T. “Acción de simulación y acción pauliana o revocatoria”, en: Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Martínez-Simancas Sánchez, José. (Coord.) *Estudios sobre derecho procesal*, Madrid, Banco Central Hispanoamericano-SOPEC, 1996, Vol. 4, pp. 4865-4914. Mazeaud, Henry, León y Jean. *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones EJE, 1960, Parte II, Tomo III, pág. 102. También, véase Ripert, Georg. y Boulanger, Jean. *La simulación. Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1964, pág. 358. Para estos últimos autores el “(...) hecho de crear una falsa apariencia en la conclusión de un contrato. Puede revestir de dos formas diferentes. Tan pronto consiste en suprimir o en modificar, por medio de un documento destinado a permanecer secreto y que se denomina *contradocumento*, los efectos de un documento aparente que no traduce la voluntad real de las partes; supone entonces necesariamente el concurso de las personas que establecen el documento aparente (...)”.

conurrencia de dos actos jurídicos, uno de los cuales es oculto como en efecto ocurre con los Acuerdos corruptos y el otro que aparece en público que no es el real. El cómputo de la prescripción corre generalmente desde que *se tiene noticias o pruebas del contradocumento o negocio secreto*; nunca desde la fecha en que aparece celebrado el contrato aparente. Ahora bien, pudiéramos también hablar que la extinción de dominio, al considerarse imprescriptible como acción, pudiera, salvo disposición legislativa expresa, correr un lapso de prescripción al momento en que el Ministerio Público Fiscal tiene conocimiento del Acuerdo corrupto o desde que ha tenido acceso a los indicios incuestionables de ilicitud en el origen de los bienes.

El legislador puede perfectamente en su proceso de ponderación de bienes, derechos e intereses, calificar una imprescriptibilidad de esta acción siempre y cuando, por la complejidad de los actos corruptos, impidan realmente saber a ciencia cierta cuál es el contenido de aquellos que terminarían por viciar el origen de los bienes. Si por el contrario, quien tiene la acción para solicitar la extinción de dominio, posee pleno conocimiento y no lo hace, mal puede tolerar la sociedad la inacción como regla. A esto la prescripción conllevaría a contarse desde esa información fiable en manos del Estado y de no accionar, se le castigaría al Ministerio Público Fiscal con una prescripción como penalidad ante la negligencia.

Este es el mecanismo que funciona en materia de derecho patrimonial donde la prescripción es una sanción. Sobre los lapsos, somos de la tesis que al considerarse derechos reales, opere la regla genérica en casi todo el sistema tributario del Código de Napoleón o del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones y contratos, que es 20 años por lo regular.

Sobre el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, en sentencia de fecha 09 de diciembre de 2021¹¹⁵, se pronunció anulando algunos dispositivos de la

¹¹⁵ Expediente 100/2019 introducido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de los Estados Unidos Mexicanos. Ponencia de la Ministra de la Suprema Corte de los Estados Unidos Mexicanos, Norma Lucía Piña Hernández. La decisión posee los votos concurrentes de la señora Ministra Yasmín Esquivel Mossa y de los señores Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, y Particulares de los señores Ministros Luis María Aguilar Morales y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Ley Federal mexicana sobre extinción de dominio, pero, sin argumentar como lo hizo Ecuador. A diferencia de su par ecuatoriano, la Suprema Corte Mexicana no entró a dilucidar con falacias (presentes en el fallo ecuatoriano como estudiamos en las líneas precedentes, sobre todo, la *falacia del accidente inverso* y la *ad homines circunstancial*) sino que centró su atención en la denominada “voluntad del constituyente” y la extensión sobre cuáles bienes pudieran calificarse como “lícitos” de los “ilícitos”. Advirtió la Suprema Corte Mexicana que la única vía para que el legislador ordinario pudiera establecer que una disposición normativa infraconstitucional sea imprescriptible y retrospectiva, es si el propio constituyente, de forma expresa, así lo permite o lo prescribe. En pocas palabras, México asume la posición histórica de su par, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en relación con el textualismo al momento de revisar las acciones de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos infraconstitucionales.

Los tres casos de la jurisprudencia constitucional de Ecuador, México y Venezuela, responden a la misma línea negacionista de elementos inherentes de la extinción de dominio, los cuales, en la actualidad, colocan a estas jurisdicciones en contravía de la versión dominante, que como estudiamos, se corresponde a Colombia. No queremos formular un juicio valorativo sobre si están estos tres países en la dirección correcta como para otorgarle al instituto una nueva connotación que está ausente en los diferentes modelos de decomisos sin condena y extinción de dominio analizados a lo largo del presente estudio introductorio.

IV. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS SOBRE DECOMISO SIN CONDENA Y EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA. LA CONFIGURACIÓN DE MODELOS ESPECIALIZADOS.

Ya pudimos comprobar que no existe una “única” concepción sobre la extinción de dominio, así como tampoco del decomiso sin condena. Existen variados modelos que han venido perfilándose desde 1996 cuando se reajustan las versiones originales en sus dos grandes ramas. Esto implicó un antes y un después desde 1996, pues, hasta la fecha de cierre de la edición del presente estudio, los modelos siguen

modificándose, replanteándose, e inclusive, mutándose. Con el Decomiso sin condena y el *Non-Conviction Based*, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁶ como lo estudiamos en las páginas que preceden, y sus reservas a nivel de doctrina de las más diversas ramas donde incide el decomiso sin condena, observamos una tendencia inagotable hacia aspectos más allá de los originalmente propuestos por el propio TEDH, como es, la delincuencia económica 2.0.

La Corte Suprema de los Estados Unidos¹¹⁷ también hizo lo propio

¹¹⁶ *Welch v. Reino Unido* (09.02.1995) y *Air Canada v. Reino Unido* (05.05.1995). En esta última existen varios votos salvados que indican las diferentes posturas que a nivel de doctrina, sobre todo la reserva, siempre ha existido con relación al decomiso sin condena.

¹¹⁷ *United States vs. Ursery*, 518 U.S. 267, de fecha 24 de junio de 1996. La sentencia posee votos concurrentes, entre los que se destacan, el análisis y repaso histórico de los precedentes de la Suprema Corte con relación al *non-conviction based* que realiza el *Chief of Justice*, Rehnquist. Pasamos a citarlo por lo ilustrativo para la presente investigación “(...) Since the earliest years of this Nation, Congress has authorized the Government to seek parallel *in rem* civil forfeiture actions and criminal prosecutions based upon the same underlying events. See, e.g., Act of July 31, 1789, ch. 5, §12, 1 Stat. 39 (goods unloaded at night or without a permit subject to forfeiture and persons unloading subject to criminal prosecution); §25, *id.*, at 43 (persons convicted of buying or concealing illegally imported goods subject to both monetary fine and *in rem* forfeiture of the goods); §34, *id.*, at 46 (imposing criminal penalty and *in rem* forfeiture where person convicted of relanding goods entitled to drawback); see also *The Palmyra*, 12 Wheat. 1, 14-15 (1827) (“Many cases exist, where there is both a forfeiture *in rem* and a personal penalty”); cf. *Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 683 (1974) (discussing adoption of forfeiture statutes by early Congresses). And, in a long line of cases, this Court has considered the application of the Double Jeopardy Clause to civil forfeitures, consistently concluding that the Clause does not apply to such actions because they do not impose punishment.

One of the first cases to consider the relationship between the Double Jeopardy Clause and civil forfeiture was *Various Items of Personal Property v. United States*, 282 U.S. 577 (1931). In *Various Items*, the Waterloo Distilling Corporation had been ordered to forfeit a distillery, warehouse, and denaturing plant, on the ground that the corporation had conducted its distilling business in violation of federal law. The Government conceded that the corporation had been convicted of criminal violations prior to the initiation of the forfeiture proceeding, and admitted that the criminal conviction had been based upon “the transactions set forth ... as a basis for the forfeiture.” *Id.*, at 579. Considering the corporation’s argument that the forfeiture action violated the Double Jeopardy Clause, this Court unanimously held that the Clause was inapplicable to civil forfeiture actions:

“[This] forfeiture proceeding ... is *in rem*. It is the property which is proceeded against, and, by resort to a legal fiction, held guilty and condemned as though it were conscious instead of inanimate and insentient. In a criminal prosecution it is the wrongdoer in person who is proceeded against, convicted, and punished. *The forfeiture is no part of the punishment for the criminal offense. The provision of the Fifth Amendment to the Constitution in respect of double jeopardy does not apply.*” *Id.*, at 581 (citations omitted; emphasis added). In reaching its conclusion, the Court drew a sharp distinction between *in rem* civil

en 1996, estableciendo nuevas coordenadas para reforzar la aplicación del modelo histórico angloamericano. En el caso de la extinción de dominio, Colombia aprobó la primera ley especial sobre esta materia en ese mismo año¹¹⁸, modificando el sabor original penal que había adquirido durante la aplicación no sólo del régimen de excepción, sino de las disposiciones especiales concentradas en el Código de Procedimiento Penal de 1991¹¹⁹.

forfeitures and in personam civil penalties such as fines: Though the latter could, in some circumstances, be punitive, the former could not. *Ibid.* Referring to a case that was decided the same day as *Various Items*, the Court made its point absolutely clear:

“In *United States v. La Franca*, [282 U. S.] 568, we hold that, under §5 of the Willis Campbell Act, a civil action to recover taxes, which in fact are penalties, is punitive in character and barred by a prior conviction of the defendant for a criminal offense involving the same transactions. This, however, is not that case, but a proceeding *in rem* to forfeit property used in committing an offense.” *Id.*, at 580.

Had the Court in *Various Items* found that a civil forfeiture could constitute a “punishment” under the Fifth Amendment, its holding would have been quite remarkable. As that Court recognized, “[a]t common law, in many cases, the right of forfeiture did not attach until the offending person had been convicted and the record of conviction produced.” *Ibid.* In other words, at common law, not only was it the case that a criminal conviction did not *bar* a civil forfeiture, but, in fact, the civil forfeiture could not be *instituted* unless a criminal conviction had already been obtained. Though this Court had held that common law rule inapplicable where the right of forfeiture was “created by statute, *in rem*, cognizable on the revenue side of the exchequer,” *The Palmyra*, *supra*, at 14, it never had suggested that the Constitution *prohibited* for statutory civil forfeiture what was *required* for common law civil forfeiture. For the *Various Items* Court to have held that the forfeiture was prohibited by the prior criminal proceeding would have been directly contrary to the common law rule, and would have called into question the constitutionality of forfeiture statutes thought constitutional for over a century. See *United States v. Curtiss Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 327-328 (1936) (Evidence of a longstanding legislative practice “goes a long way in the direction of proving the presence of unassailable grounds for the constitutionality of the practice”). (...)” Sobre el acceso al texto de la sentencia, así como de los votos concurrentes, véase *Cornell Law School-Legal Information Institute*, consulta: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/95-345.ZS.html>

¹¹⁸ Ley 333 de 1996, de diecinueve de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial número 42.945 de 23 de diciembre de 1996. En este dispositivo se contempló de forma separada a los instrumentos legislativos de naturaleza penal a la nueva concepción de la extinción de dominio, calificándose ahora y sin ambages como de naturaleza civil-constitucional.

¹¹⁹ Decreto 2700 de 1991 del 30 de noviembre de 1991, mediante el cual se dictan normas de procedimiento penal. **ARTÍCULO 340. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO.** Por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del patrimonio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social. Para estos efectos, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes se considera que causan grave deterioro de la moral social. En todo caso quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe. Los bienes que pasen al dominio público serán de propiedad de la Fiscalía General de la Nación.

Tras este año crucial para las dos ramas de decomisos civiles, cada país ha asumido una variante, aportando muchas veces elementos que no fueron contemplados en las ideas originales. Sin embargo, debemos reconocer el esfuerzo de las Naciones Unidas como órgano que ha buscado armonizar al instituto, pues, e innegable que tanto la UN-CAC 2003 como la LMEDO 2011, son textos normativos que sirven como referentes, o inclusive, límites ante la tentación de los Estados por transformar a la extinción de dominio o el decomiso sin condena en una suerte de “fórmula mágica” o “panacea” con la cual se resuelve lo que jurídicamente pudiera considerarse un maxi nudo gordiano. Para ello somos contestes con lo denunciado por el profesor Santander Abril, sobre el desbordamiento de la figura, ya que se:

“(…) transforma en un instituto multipropósito del cual se abusa para incautar bienes que pueden cumplir diferentes funciones dentro de un proceso penal, convirtiéndolo en un instrumento multifuncional de efectos omnicomprendivos lo cual constituye una mala práctica que produce inseguridad jurídica (...)”¹²⁰ (subrayado nuestro).

A pesar de estos abusos, que los explicaremos con más detenimiento *ad infra*, América Latina ha abrazado con rutilantes éxitos a la extinción de dominio. Esta readaptación de lo que alguna vez fue producto exclusivo de la Corte Constitucional de Colombia, más específicamente de la ejemplar sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003, ha generado un sistema propio de extinción de dominio. Ejemplos claros los encontramos en Honduras, El Salvador y Guatemala, con la existencia de sentencias ejemplificantes de sus Cortes Constitucionales realizando aportes originales, como, por ejemplo, la denominada “presunción de ilicitud”¹²¹. En esta oportunidad no haremos un estudio pormenorizado

¹²⁰ Santander Abril, Gilmar. ... *La emancipación del comiso del proceso penal* ... , pág. 431.

¹²¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013 (caso *Christopher Reyes Gómez y Ana María Hernández Cambar Vs. Decreto Legislativo n° 27-2010 contentivo de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito*). Estableció el máximo intérprete de la Constitución Hondureña: “(...) **CONSIDERANDO (15)**: Que el impetrante en el Tercer Motivo de inconstitucionalidad, alega la infracción directa del artículo 90 de la Constitución de la República y aduce para ello que el artículo 7 de la Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, establece la Presunción de Ilícitud, misma que según él vulnera la Presunción de Inocencia

de estas cruciales adiciones centroamericanas al instituto, dado que, rebasaríamos el objeto trazado para lo cual se hemos escrito estas líneas. Para ello nos remitimos a nuestro libro *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, en su edición iberoamericana, publicada en 2021 por Ediciones Olejnik.

El caso del Perú y la extinción de dominio introducida en 2019 ha saltado más allá de lo predecible. Sentencias emblemáticas de esta jurisdicción pueden en este momento calificarse como la más activa de América Latina en cuanto al instituto.

del artículo 89 de la Constitución de la República, alegatos respecto de los cuales esta Sala deviene en señalar que también la referida ley contempla en el artículo 6, el Principio del Licitud, que establece que los bienes solo serán reconocidos como legales y lícitos “*cuando el titular del dominio acredite que su derecho ha sido originado o adquirido a través de los medios o mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico*”, artículo este que en relación con lo señalado en el artículo 7 de la citada ley no contraviene el Estado de Inocencia, porque cuando se habla en este último de *Presunción de Ilícitud*, esto está referido a las *sospechas e indicios*, sobre el origen de determinados bienes y que dan pie para iniciar la investigación respectiva, evidentemente la ley da margen al o los propietarios de los bienes bajo sospecha para que puedan acreditar la licitud de los mismos, situación que es compatible con lo apuntado por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que en su artículo 7, señala que cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba, respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, también establece dicha normativa internacional que la implementación de la inversión de la carga de la prueba se hará en la medida en que ello sea compatible con los principios del derecho interno de cada país suscriptor y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y demás. En ese orden de ideas y siendo que Honduras es un Estado de Derecho, y que por lo tanto deviene obligado a garantizar a sus habitantes la seguridad jurídica, es entonces procedente que el mismo cuente con un instrumento jurídico moderno que respetando las garantías y derechos no solo establecidos en nuestra carta magna y los Tratados Internacionales, regule de forma eficiente todas aquellas situaciones que tengan que ver con uno de los mas grandes flagelos que hoy en día abate a nuestra sociedad, señalado lo anterior esta Sala de lo Constitucional no encuentra que el artículo 7 de la referida ley entre en contradicción con el principio de inocencia constitucional. Por otro lado cabe recordar que la Sala ha dejado sentada su posición en cuanto que el debido proceso consignado en el artículo 90 de nuestra carta magna, encaja en el llamado derecho a la jurisdicción, mismo que no se agota con el solo acceso de las partes al Tribunal, sino que se desarrolla durante toda la secuela del proceso en persecución de la sentencia o resolución que resuelva la pretensión, así pues para que exista la posibilidad de defensa y debido proceso, tiene que haber *proceso*, lo que presupone disponer del acceso al órgano judicial o administrativo para que administre justicia; es evidente que en el caso que nos ocupa el Decreto 27-2010, no hace sustracción alguna del proceso, con lo cual no se provoca la vulneración del debido proceso (...)” (negritas, cursivas y subrayado original de la sentencia).

La jurisdicción peruana en este momento es una de las más activas. Posee un subsistema orgánico de tribunales a lo largo de su geografía, donde inclusive, puede consultarse las sentencias vía *web-site* especializado¹²². Esta especialización, sumada a la formación permanente de jueces y fiscales, han colocado en la nación inca una lupa por sus innumerables éxitos tras varias décadas de fracaso de la jurisdicción penal para esclarecer casos de corrupción sistemáticamente organizada¹²³, o el más relevante, sobre la financista de la organización terrorista “Sendero Luminoso”¹²⁴. En situación reciente, gracias al trabajo del subsistema de extinción de dominio en Perú, los tribunales europeos han

¹²² Poder Judicial del Perú. *Subsistema nacional de extinción de dominio*: <https://extincionde-dominio.org/web/> También, véase la compilación sistematizada Procuraduría General del Estado de la República del Perú. *Compendio de Jurisprudencia de extinción de dominio*, Lima, PGE-Basel Institute on Governance, 2021.

¹²³ Caso *Ibárcena*, fue una investigación patrimonial llevada a cabo contra el entramado de corrupción vinculado a Wladimiro Montesinos (Gobierno de Alberto Fujimori), sobre grandes cantidades de dinero producto de comisiones, depositada en cuentas bancarias del Gran Ducado de Luxemburgo. Para más detalles véase Solórzano, Oscar. “Un caso histórico de recuperación de activos pone a prueba la legislación peruana de extinción de dominio”, en: *Basel Institute on Governance*, Basilea, 1 de agosto de 2019, véase: <https://baselgovernance.org/blog/un-caso-historico-de-recuperacion-de-activos-pone-prueba-la-legislacion-peruana-de-extincion>

¹²⁴ En efecto, gracias a la extinción de dominio, se logró uno de los más rutilantes éxitos de la justicia contra el terrorismo en América Latina. Hacemos referencia al caso *Evans*, que como explica el Dr. Óscar Solórzano: “(...) *Nelly Marion Evans Risco (en adelante Evans) fue una monja católica peruano-británica de la clase acomodada de Lima. Recogiendo su papel religioso, los medios de comunicación de la época la apodaron “La Monja”. Según el informe de la CVR, Evans fue reclutada por Sendero Luminoso a principios de los años 80, cuando trabajaba como profesora voluntaria en uno de los distritos más desfavorecidos de Lima. De forma gradual, Evans se convirtió en una pieza clave para reclutar a otros jóvenes militantes. Las autoridades judiciales peruanas sostuvieron que Evans participó y prestó apoyo logístico al grupo terrorista Sendero Luminoso. Según la CVR, Evans utilizó su fortuna familiar para financiar a Sendero Luminoso. Sin embargo, este hecho nunca pudo ser probado en juicio. Evans fue condenada principalmente por su afiliación a Sendero Luminoso y por actuar como testaferro de la organización terrorista. Evans fue condenado a cadena perpetua en un tribunal militar “sin rostro”. Cuando el país volvió a la normalidad, las decisiones de estos tribunales fueron declaradas nulas por el Tribunal Constitucional en 2003. Evans tuvo un juicio ordinario con las correspondientes garantías judiciales y en 2006 fue condenada a 15 años de prisión. Sin embargo, el juez tomó en consideración el hecho de que ya había estado detenida durante un periodo de 15 años y ordenó su liberación inmediata (...)*” Véase Solórzano, Óscar. *Estudio de caso: La Monja. Decomisando los activos de la organización terrorista Sendero Luminoso*. Basilea, Basel Institute of Governance, 2021, pp. 3-4.

reconocido las decisiones sobre la materia dictadas en nuestro continente, hasta el punto de que, el pasado mes de abril, el *Bundestrafgericht* (Tribunal Penal Federal Suizo) fijó los parámetros para ejecutar sentencias latinoamericanas de extinción de dominio¹²⁵, así como las medidas preventivas, en la nación helvética.

Argentina también ha sido un ejemplo sobre tesis desafiantes de la extinción de dominio, a pesar de aprobarse el instituto bajo una fuente heterodoxa como fue un Decreto de Necesidad y Urgencia¹²⁶ (Decreto de estado de excepción) que estableció un “Régimen procesal” para la extinción de dominio. La nación austral, a pesar de sólo aprobar normas de corte adjetivo para el instituto, ha sido el único país que ha reformado reglas del Código Civil (en Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación)¹²⁷ relativo a los bienes, ratificando la naturaleza “especial, no penal” del instituto. En cuanto a su jurisprudencia, existen decisiones emblemáticas que retan a la versión colombiana, sobre todo, en lo que respecta al concepto de “retrospectividad” que más allá de la concepción suficientemente explicada en las páginas que preceden sobre la no consolidación del derecho de propiedad cuando se ha obtenido el bien por fuentes “ilícitas”, la justicia de extinción de dominio introduce argentina la *tesis de la reprochabilidad de la conducta del titular aparente*¹²⁸. Indudablemente, para quienes somos parte de la red

¹²⁵ Bundestrafgericht. *Sala de Recurso*, Resolución de 04 de abril de 2023 (Caso: *A. Ltd vs. Fiscalía III del Cantón de Zürich*). Asistencia judicial internacional para los casos de decomisos sin condena.

¹²⁶ Decreto de Necesidad y Urgencia número 62/2019, que aprueba el *Régimen procesal de la Acción de Extinción de Dominio*, publicado en el Boletín Nacional de la Nación Argentina de fecha 22 de enero de 2019.

¹²⁷ El Artículo 2 del DNU 62/2019, fue enfático en establecer: “(...) ARTÍCULO 2º.- Sustitúyese el artículo 1907 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, el que quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 1907. Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono, por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena y por sentencia judicial que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio.” (...)” (subrayado nuestro).

¹²⁸ Véase Sentencia de fecha 05 de febrero de 2021, del Tribunal de Gestión Asociado en lo Tributario de la Provincia de Mendoza. Nos permitiremos citar algunos extractos que analizan los problemas asociados a la extinción de dominio como es la supuesta violación al principio constitucional de la no aplicación retroactiva de la norma, los límites al derecho de propiedad y la presunción de inocencia. Veamos: “(...) En consecuencia, por aplicación

directa del citado art. 7, tanto la acción de extinción de dominio como cualquier otra norma que regule régimen jurídico patrimonial, están llamadas a ser aplicada sobre todas las situaciones jurídicas preexistentes y las que en el futuro se verifiquen, es decir, sobre los bienes que tanto con anterioridad como con posterioridad a la sanción del DNU 62/19, se incorporen al patrimonio del demandado, produciendo sus efectos hacia el futuro. – Ha dicho la doctrina al respecto que: “Tratándose de una norma de naturaleza civil, sus consecuencias no sólo pueden aplicarse a partir de su entrada en vigencia sino también a las situaciones jurídicas preexistentes, quedando en claro que dichas consecuencias no resultan retroactivas, sino que producen efectos hacia el futuro. La retroactividad a que hace alusión la norma no lo es respecto de las consecuencias anteriores sino de incluir en su previsión a los bienes adquiridos ilícitamente con anterioridad. Esto, de haber sido una ley de naturaleza penal no habría sido posible en virtud de los principios constitucionales, lo que de esta manera queda zanjado” (Ver: Gerome, Eduardo, “Régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio”, publicado en Revista Anales de Legislación Argentina, Edit. Thomson Reuters- La ley, AñoLXXIX, marzo 2019, pág. 3/5).- V.f) La extinción de dominio y el derecho de propiedad: He dejado para el final el tratamiento del que creo es el argumento más fuerte planteado por los demandados y que mayor eco ha tenido en la doctrina que se ha pronunciado en contra del decreto de necesidad y urgencia nro. 62/2019.- En su planteo, los demandados afirman que la norma atacada viola con el derecho constitucional de propiedad, previsto en el art. 14 y 17 de la Constitución Nacional y en el art. 16 de la Constitución Provincial, por cuanto, ambos artículos expresan que la propiedad privada es inviolable, que no puede ser confiscada, y que para el caso de expropiación corresponde la sanción de una ley que así lo disponga y el pago de una indemnización como reparación al daño que dicha ley causa. Entienden que, en el caso, se pretende una pena anticipada, por un delito cuya existencia y autoría no se encuentra, aún, determinada. Afirman que el pretendido decomiso civil, anticipado y sin condena genera un nivel de injusticia, inseguridad, indefensión y desventaja de carácter extraordinarios con respecto al Estado que lo acusa.- Tampoco comparto los argumentos vertidos en este punto. Explicaré por qué: El art.14 de la CN establece que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de “usar y disponer de su propiedad”, “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. – Esto implica que el derecho de propiedad, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no es absoluto, y que el Estado tiene la facultad de regularlo, estableciendo un adecuado régimen de restricciones y límites, **máxime cuando es ejercido en forma irregular**. -La propia CN, pese a afirmar que “propiedad es inviolable”, aclara que las personas pueden ser privadas de su propiedad mediante una sentencia fundada en una ley (art. 17). En idénticos términos se pronuncia el art.16 de la Constitución provincial. – Como ya he sostenido, no tengo duda en cuanto a que la **sentencia de extinción de dominio no implica una pena**. La razón que fundamenta la sentencia es la comprobación de que los bienes objeto de la demanda fueron incorporados sin una causa lícita al patrimonio del demandado, toda vez que no se corresponden razonablemente a los ingresos declarados por su tenedor, poseedor o titular, o representan un incremento patrimonial injustificado (arts. 5 y 11, inc. a, del Anexo al DNU 62/19 e inc. IX.a. del art. 210 del CPCCyT provincial).- En consecuencia, la extinción de dominio no configura una confiscación ni un decomiso civil, como lo pretenden los Sres. L. y S., pues las razones que lo justifican son distintas. – Tampoco implica una expropiación por causa de utilidad pública y, toda vez que el bien fue incorporado al patrimonio del demandado sin causa lícita, no produce un daño indemnizable y se declara “sincontraprestación ni compensación alguna a favor del o de los demandados” (inc. IX.c. del art. 210 delCPCCyT provincial y art.11.c del Anexo al DNU 62/19). – Sobre este punto, creo oportuno traer a colación que el decreto cuestionado tomó los lineamientos básicos de la ley modelo sobre extinción de dominio de

latinoamericana de expertos sobre extinción de dominio, esta original contribución argentina será fuente de debates en el futuro horizonte.

La incorporación más reciente en un instrumento legislativo sobre la extinción de dominio ha operado en Chile¹²⁹. En el nuevo dispositivo de la Ley 21.575, se modificó el artículo 4 de la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de drogas bajo el siguiente tenor:

“(...) 11. En el artículo 45:

(...) omisión (...)

b) Agréganse los siguientes incisos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo: “Se impondrá el comiso de toda cosa que hubiere sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito previsto en esta ley y que fuere especialmente apta para ser utilizada delictivamente. Se entenderá que son especialmente aptas para ser

Naciones Unidas a la que me referí al comienzo de esta resolución, que brinda pautas elementales para la aplicación del instituto en los diversos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica y toma como punto de partida el ejercicio del derecho de propiedad, inherente a toda persona, y en esa medida, la extinción de dominio reafirma su aplicación y reconocimiento al entender que los bienes adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni pueden gozar de protección alguna (Ver: “UNODC” https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extinción_de_Dominio.pdf, con acceso al 12/04/2018). - “Nadie puede dentro del contexto de un orden republicano entender protegida, de igual manera, a la propiedad privada sobre bienes obtenidos con el trabajo, o ejerciendo cualquier industria lícita, como bien señala la Carta Magna en el apartado 14, que a la propiedad devenida de actividades relacionadas con el crimen organizado” (Conf. Paz, Roberto “La Extinción de dominio: el DNU 62/2019. Cuando lo teleológico /axiológico se enfrenta con la realidad jurídica”, “Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Año V, Número 06/ Julio 2019, PAG.3/23).-Siguiendo este temperamento, concluyo que la garantía constitucional de protección a la propiedad privada no opera frente a bienes obtenidos mediante la comisión de delitos como los mencionados en la norma.-Por tanto, no puede sostenerse en abstracto que el DNU **vulnera el derecho de propiedad por cuanto el demandado tiene la posibilidad de acreditar en el juicio, con todas las garantías del debido proceso, que los bienes identificados en la demanda han sido adquiridos en virtud de su trabajo o actividad lícita y de eso justamente depende la suerte de la acción incoada.**- Así, las únicas afectaciones al derecho de propiedad que resultarán admisibles en el proceso de extinción de dominio, son las que se determinen por sentencia fundada en el art. 1.907 del CCCN, dictada en el marco establecido por las normas procedimentales respectivas, que garantizan el debido proceso y el derecho de defensa para demostrar que sus bienes no han sido mal habidos. - Por todo lo expuesto, concluyo que ni el decreto ley ni la ley provincial 9151 violan los arts. 14, 17 y 18 de la CN, lo que sella a mi juicio la suerte adversa del planteo de inconstitucionalidad formulado a su respecto.- (...)” (Negrillas nuestras).

¹²⁹ República de Chile. Ley 21.575 de fecha 23 de mayo de 2023. Esta ley modificó algunos dispositivos de la Ley número 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

utilizadas delictivamente aquellas cosas que se encuentren en general prohibidas por la ley. El tribunal deberá decretar el comiso de cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente incluso cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído. Para ello bastará el establecimiento de su uso en un hecho delictivo. El comiso de instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente procederá aun respecto del tercero de buena fe y que tuviere título para poseer la cosa, a menos que se acredite que él no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor. Si el comiso afecta a un tercero de buena fe, éste podrá solicitar indemnización al responsable (...)" (subrayado nuestro)

Nótese que el decomiso operaría sin necesidad de sentencia penal, o inclusive, existiendo, sea ésta que declare absuelto (inocente) o sobreseída (por cuestiones procesales) al enjuiciado penalmente.

Otra jurisdicción que se encuentra en formación, dada la peculiaridad de la *vacatio legis* aprobada¹³⁰, ha sido República Dominicana. Desde el año pasado se ha venido trabajando en la formación intensiva y completa de los fiscales y jueces de extinción de dominio. Un dato muy especial en esta ley viene a representar el papel de la ciudadanía, donde, se debe necesariamente difundir un proceso de defensa a la adquisición "lícita" de toda propiedad o patrimonio. En otro orden de ideas, la extinción de dominio dominicana ha optado por un modelo sumamente amplio, más que el venezolano, en lo que respecta a la definición de actividad "ilícita"¹³¹, inclusive, por motivos relativos a

¹³⁰ En efecto, el artículo 107 de la *Ley número 340-22 que regula el Proceso de Extinción de Bienes Ilícitos*, publicada en la Gaceta Oficial de la República Dominicana, número 11076 de fecha 29 de julio de 2022, establece: "Artículo 107.- Entrada en vigencia. Esta ley entra en vigencia doce (12) meses después a partir de la fecha de su publicación, con la finalidad de propiciar la habilitación presupuestaria correspondiente, la adecuación de tribunales, la especialización de personal y a la ciudadanía y la promoción de sus disposiciones" (subrayado nuestro). Nótese que la ley hace referencia también a la preparación de la "ciudadanía" en su esfera educativa con relación a las materias neurálgicas de la extinción de dominio, como es el derecho de propiedad.

¹³¹ Artículo 6.- Hechos ilícitos susceptibles de extinción de dominio. A los efectos de esta ley serán considerados como hechos ilícitos que pueden dar lugar a la extinción de dominio de los bienes de acuerdo con las causales de procedencia, los siguientes: 1) El tráfico ilícito de drogas y sustancias controladas; 2) Cualquier infracción relacionada con el terrorismo y el financiamiento al terrorismo; 3) Tráfico ilícito de seres humanos, incluyendo inmigrantes ilegales; 4) Trata de personas, incluyendo la explotación sexual de menores; 5) Pornografía infantil; 6) Tráfico ilícito de órganos humanos; 7) Tráfico ilícito de armas; 8) Secuestro;

la falsificación de la moneda, violación a las normas sobre propiedad intelectual, tráfico ilícito de arte o uso indebido de información confidencial o privilegiada, podrá sustanciarse un procedimiento patrimonial de extinción de dominio en Dominicana.

En Europa ya vimos que la UE pondrá una nueva batería de decomisos sin condena, que, se extenderán más allá de las previsiones originales de la estudiada Directiva 2014/42/UE.

Todo apunta hacia una diversificación de modelos de decomisos sin condena o de extinción de dominio “expansivos”, lo que como ha ocurrido, ha traído innumerables problemas sobre el “rebasamiento del instituto” partiendo del hecho sobre el cual originariamente fue construido: la delincuencia económica 2.0.

1. La ramificación y transformación no cónsona con el instituto.

Como pudimos exponer de forma sintáctica, los modelos de decomiso y de extinción de dominio han rebasado sus naturales límites hasta aspectos no plausibles del mismo. Si se estuviera calificando al instituto bajo análisis desde la óptica del Derecho penal sería lo que en doctrina califican como “norma penal en blanco”. Pero, recalamos que la extinción de dominio o el decomiso sin condena no son ni una sanción ni una pena. Por ello, no puede aplicarse el concepto, aunque exista la tentativa de hacerlo.

Por ejemplo, se está empleando en Europa para sancionar la elusión fiscal, inclusive, con aprobación y visto bueno del Parlamento Europeo¹³². La empresa a la que se compruebe su participación en elusión

9) Extorsión, incluyendo aquellas relacionadas con las grabaciones y filmicas electrónicas realizadas por personas físicas o morales; 10) Falsificación de monedas, valores o títulos; 11) Estafa contra el Estado, desfalco, concusión, cohecho, soborno, tráfico de influencia, prevaricación y delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; 12) Soborno transnacional; 13) Delito tributario; 14) Estafa agravada; 15) Contrabando; 16) Piratería y piratería de productos; 17) Delito contra la propiedad intelectual; 18) Delito de medioambiente; 19) Testaferro; 20) Sicariato; 21) Enriquecimiento no justificado; 22) Falsificación de documentos públicos; 23) Falsificación y adulteración de medicamentos, alimentos y bebidas; 24) Tráfico ilícito de piezas de arte o arqueológicas de patrimonio histórico y cultural; 25) Delitos financieros; 26) Crímenes y delitos de alta tecnología; 27) Uso indebido de información confidencial o privilegiada.

³² Parlamento Europeo. *Resolución de 26 de marzo de 2019, sobre delitos financieros y evasión y elusión fiscal*. RES 2018/2121 (INI)). Véase en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0240_ES.html

fiscal se decomisa sus propias acciones a favor del Estado para luego pasarla a subasta. Este caso y otros han sido motivos de preocupación por la creciente y cada vez más adictiva utilización del decomiso sin condena en ámbitos no naturales a su esencia de creación.

El otro caso de transformación y desviación del objeto analizado en este estudio está vinculado a la persecución patrimonial por motivos de “disidencia política” o protesta. El caso más palpable ocurrió en Colombia en 2021, con motivo a los bloqueos generalizados (Paro Nacional) como reacción de ciertos sectores a las reformas fiscales de 2020 y 2021¹³³. Se llegó a equiparar a la protesta como “actividad ilícita”, debido al concepto jurídico indeterminado presente en el artículo 31 de la Constitución de Colombia de 1991, como es el “(...) *grave deterioro de la moral social* (...)”. En una sociedad que se hace más plural, el estándar sobre lo que es una moral social promedio tiende a ser extremadamente elástico, más amplio si dicha sociedad es más tolerante con relación a los valores asumidos o generados por grupos que históricamente han sido minoritarios, como es el caso de minorías étnicas, el LGBTQ+ y otros con margen comunicacional amplio.

Estas protestas de 2021 implicaron la extinción de dominio de los vehículos que participaron en la misma, alegándose que contribuían al “pánico económico”¹³⁴. Otro caso también polémico sobre la aplicación de la extinción de dominio está relacionado a las personas implicadas en fraudes electorales¹³⁵. Y la lista sigue ampliándose, para lo cual, es

¹³³ “Paro Nacional: ¿Extinción de dominio contra carros que bloqueen vías?”. En: *Diario El Espectador*, Bogotá, edición del 07 de mayo de 2021, consulta: <https://www.elespectador.com/judicial/paro-nacional-extincion-de-dominio-en-contra-de-carros-que-bloqueen-vias-article/>

¹³⁴ “Fiscalía aplicará extinción de dominio a camiones que bloqueen vías”, En: *Radio Caracol*, edición del 06 de mayo de 2021, consulta: https://caracol.com.co/radio/2021/05/07/judicial/1620351690_794651.html

¹³⁵ Al respecto, sobre las prácticas de compra de votos y fraude electoral en Colombia, véase Oquendo, Catalina. “Compra de votos. Una práctica sofisticada y enraizada en Colombia”, En: *Diario El País*, Madrid, Edición de 12 de marzo de 2022, consulta: <https://elpais.com/internacional/2022-03-12/compra-de-votos-una-practica-sofisticada-y-enraizada-en-colombia.html> Puede verse lo que explicó, en 2015, la Policía Nacional de Colombia en un reconocido caso de extinción de dominio por fraude electoral: “(...) El Grupo Investigativo de Lavado de Activos y Extinción de Dominio de la DIJIN, en coordinación con la Regional de Investigación Criminal No. 2 y la Fiscalía 35 Especializada de la Dirección Nacional de Fiscalías de Extinción de Dominio, ocuparon bienes muebles por el delito de trashumancia

necesario seguir profundizando en el estudio de la extinción de dominio a los fines de generar las correspondientes contramedidas para reducir estos efectos colaterales.

2. Medidas para la cooperación internacional. ODCE, GAFI y ONUDC.

A nivel internacional ya hicimos referencia a ONUDC y su programa de asistencia con la LMEDO. Igual a la Asamblea General de la ONU con UNCAC 2003. Sin embargo, vale la pena traer a colación lo propuesto desde 1990 por el grupo GAFI¹³⁶. Uno de los más acuciantes problemas detectados por los organismos multilaterales de cooperación y desarrollo -como también es la ODCE- tales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros organismos de financiamiento a los Estados, proviene del término “puertas giratorias”. Esto implica que buena parte de los créditos-puente, ayudas, subsidios y otras formas de inyección de dinero a los Estados, gira nuevamente hacia el sistema financiero, pero esta vez, como producto de la corrupción. Por ello una de las condiciones impuestas a los Estados para recibir esta ayuda, además de contribuir con la transparencia del sistema financiero internacional, se encuentra en la aprobación de los beneficiarios de legislación relativa a decomiso sin condena o extinción de dominio. La Recomendación número 4 del GAFI es categórica:

“RECOMENDACIÓN 4. DECOMISO Y MEDIDAS PROVISIONALES.

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin

electoral en el municipio de Purificación. Mediante proceso investigativo se estableció que dos de los candidatos al Concejo y a la Alcaldía del municipio de Purificación, Tolima, habían sido favorecidos con la compra de votos a través del fraude en inscripción de cédulas y falsedad ideológica en documento público mediante el delito de trashumancia electoral (...)”, en: <https://www.policia.gov.co/noticia/golpe-al-fraude-electoral>

¹³⁶ Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Blanqueo de Capitales. Se funda en la 15th reunión de Jefes de Estado y Gobierno del G-7, en París (14-16 de junio de 1989).

perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

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

Nota Interpretativa de las recomendaciones 4 y 38 (decomiso y medidas provisionales)

Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficacia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o embargado, o que hayan sido decomisados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países”. (subrayado nuestro).

Esta recomendación se monitorea a nivel global para verificar que su cumplimiento sea efectivo según los parámetros internacionalmente aceptados y no mediante una suerte de adopción para hacer fraude a la extinción de dominio. Por ello, no basta que un Estado apruebe una ley bien acabada sobre decomiso sin condena o de extinción de dominio para que luego se establezcan “malas prácticas” o sea empleado para la violencia política o retaliaciones por diferentes órdenes, sobresaliendo, las ideológicas. En nuestro libro profundizamos los aspectos relativos a

los programas de la ODCE y GAFI, así como de los grupos técnicos y de evaluación creados en torno al GAFI¹³⁷.

V. RECAPITULACIÓN: UN INSTITUTO CREADO PARA UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE Y UN MINISTERIO PÚBLICO NO INQUISITORIAL

Hemos revisado las consideraciones generales, en síntesis, sobre las dos vías de persecución patrimonial ensayadas en los últimos dos siglos, motivado a ilícitos de diversa naturaleza. Como apuntamos, tanto el decomiso sin condena como la extinción de dominio son conceptos sinónimos con unas diferencias mínimas con relación a su fuente, naturaleza, alcance y ámbito geográfico. Sin embargo, la consecuencia jurídica es similar: la pérdida de la propiedad del titular aparente de los bienes por origen o disposición ilícita.

Revisamos que ambos conceptos no se circunscriben a una única mecánica de aplicación, sino que, a lo largo de los últimos 35 años, se han venido configurando modelos específicos, cada uno más objetivo que otro en relación con lo que debe entenderse como “ilícito”. Estos modelos han sido introducidos y moldeados, desde el Derecho angloamericano, por los máximos tribunales constitucionales de los Estados, así como, del propio Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Su normalización (estandarización) viene dado con UNCAC 2003 (para el decomiso sin condena) y la LMEDO 2011 (para la extinción de dominio), que, increíblemente, las formas de su aplicación también han sufrido ramificaciones no estimadas en su proyección original.

La complejidad de ambos conceptos, como pudimos analizar, así como la cada vez más tentativa de emplearlos en áreas para los que no fueron diseñados, nos lleva a la conclusión que sólo un poder judicial independiente y bien formado, así como un Ministerio Público sin mentalidad inquisitorial; son las garantías para que un arma tan letal contra los patrimonios ilícitos sea aplicada bajo la óptica de buenas prácticas y no menoscabe derechos fundamentales. Para quienes tienen la obligación de proseguir su estudio, es necesario desechar cualquier versión

¹³⁷ Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. Cit.*, 2020, pp. 42-52.

de pensamiento único que la rechace por una supuesta “inconstitucionalidad”, sin que se argumente en qué aspectos racionalmente hablando es inconstitucional tanto el decomiso sin condena como la extinción de dominio.

Debemos recordar que esta institución nunca ha sido promovida unilateralmente por los Estados, tal como explicamos en el repaso de su historia a lo largo del presente estudio. Son los órganos multilaterales, así como los tribunales y cortes constitucionales o continentales de derechos humanos (TEDH, CorIDH) quienes han sabido introducir estos mecanismos del Derecho angloamericano en nuestro sistema. Por lo que cualquier crítica deberá realizarse bajo la lupa de la sistemática global y no desde las políticas criminales amparadas por la cada vez manida soberanía estatal. Debemos también recalcar el peligro de la delincuencia económica 2.0, que se ha introducido en lo más profundo del sistema económico para mimetizarse y delinquir bajo la apariencia del “emprendimiento y libertad de empresa”.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha rechazado las demandas por la extinción de dominio, lo cual no obsta, que pueda condenarse por su errónea aplicación o extralimitación de los Estados por su desnaturalización o propósitos de “venganza” en los diferentes procesos judiciales que lleve a cabo dicho Estado relativos a la extinción de dominio, y fuera de América Latina, de decomisos sin condena. Es más, existe un caso intrínseco con Venezuela¹³⁸, donde la Corte Interamericana ha recalcado:

“(…) El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En esos instrumentos se ha precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción (...)”. (Subrayado nuestro).

¹³⁸ Caso: *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia de fecha 01 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233), el párrafo 11 del voto concurrente del Magistrado Diego García-Sayán.

“No se limitan al camino de procesos penales”. Esta oración debe internalizarse de cara a la gravedad de la delincuencia económica, pues, la estrategia únicamente penal luce siempre insuficiente. Ahora bien, para concluir, cito el voto salvado de los Magistrados Martens y Russo del TEDH, del tantas veces citado¹³⁹¹ caso *Air Canada vs. Reino Unido* (1995):

“(...) La confiscación de un bien a título de sanción, no es tolerable. La confiscación a título de sanción sin que el propietario pueda invocar su inocencia invierte el justo equilibrio entre la protección del Derecho respecto de los bienes, y las exigencias del interés general. Como consecuencia de la reciente ola de legislaciones con tendencia a privar a los criminales del producto de sus crímenes, es tanto más necesario mantener firmemente este principio: la experiencia nos ha enseñado que, en su lucha contra la criminalidad internacional, los Estados no se mantienen siempre dentro de los límites fijados por la Convención (...)” (subrayado nuestro)

Y es tarea obligatoria de quienes conformamos un sistema jurídico, vigilar porque instituciones eficientes y eficaces, como el decomiso sin condena o la extinción de dominio, independientemente de nuestra afiliación o rechazo a ambas; sea aplicada dentro de los parámetros racionales de un Estado de Derecho.

¹³⁹ Vervaele, John A.E. *Ob. Cit.*, pág. 80.