

LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

LEÓN HENRIQUE COTTIN*

* Profesor de Pruebas y Obligaciones. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. ANTECEDENTES

En el año 2011, el Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elaboró una Ley Modelo como herramienta de política criminal que facilite la lucha contra la droga, el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo.

Busca perseguir toda clase de activos o bienes que integren la riqueza derivada de la actividad criminal, en el entendido de que no adquieran legitimidad ni protección legal.

Establece un procedimiento especial sui generis “autónomo e independiente” de cualquier otro juicio o proceso. Es un procedimiento especial, sin el cual los países tardarían mucho en poder llegar a una aplicación efectiva y eficiente del mecanismo dirigido a eliminar el poder y capacidad económica de la delincuencia.

II. LEY EN VENEZUELA

El 28 de abril de 2023 en la Gaceta Oficial n.º 6.745 extraordinario apareció publicada la Ley Orgánica de Extinción de Dominio (LOED).

La ley venezolana siguió la misma estructura de la Ley Modelo, con algunos cambios de nominación y pocas novedades. En efecto, la enumeración de los capítulos de la Ley Modelo y la LOED es prácticamente la misma:

- El capítulo I de la Ley Modelo se denomina “Aspectos generales”; el de la LOED, “Disposiciones generales”.
- El capítulo II de la Ley Modelo “Garantías procesales”; igual la LOED.
- El capítulo III de la Ley Modelo, “Aspectos procesales”; el de la LOED, “Procedimiento para la extinción de dominio”.

- El capítulo IV de la Ley Modelo, “Procedimiento”; el de la LOED, “Administración y destino de los bienes”.
- La Ley Modelo tiene un capítulo específico para pruebas, el V, y otro para las nulidades, el VI.
- Finalmente, la Ley Modelo trata lo referente a la administración y destinación de los bienes en el capítulo VII y la cooperación internacional en el VIII.

III. OBJETO DE LA LEY

1. Artículo 1: Identificación

(A) Localización y recuperación de bienes y efectos patrimoniales originados por actividades ilícitas, así como (B) la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de estos a favor de la república, mediante sentencia sin contraprestación ni compensación.

2. ¿Qué es dominio?

Los derechos patrimoniales se dividen en derechos personales y derechos reales.

Los derechos personales consisten en la relación de persona a persona, son las obligaciones.

El derecho real es la relación de una persona con una cosa.

No hay en el derecho venezolano definición normativa de derecho real.

El artículo 5.4 de la LOED, al definir “titular aparente”, dice: “Es toda persona natural o jurídica que invoque un derecho real”.

Nuestro Código Civil (CC) no enumera los derechos reales, simplemente los regula.

La doctrina dice que son:

- Propiedad
- Usufructo
- Uso
- Habitación
- Hogar
- Enfiteusis

- Servidumbres
- Prendas
- Hipotecas
- Derechos reales administrativos que pueden surgir por ley
- Concesión sobre bienes del dominio público.

3. ¿Qué es cosa?

Los derechos reales se ejercen sobre las cosas. Precisemos:

- Bienes: son todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad.
- Cosas: en el lenguaje corriente, cosa no tiene un significado preciso, puede ser “cualquier cosa”¹.

El derecho positivo no define qué es cosa.

En el CC no se utiliza el término “cosa” en el mismo sentido.

En sentido amplio, el Dr. Lagrange² la define de la siguiente manera: “Toda entidad material o inmaterial que tenga existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacer una utilidad generalmente económica”.

Bienes son todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad.

Cosa y bien son casi lo mismo. En el derecho romano, cosa *–res, rei–* pasa, con las codificaciones de Justiniano, como bien.

Hoy se encuentran en el mismo plano.

La LOED define bienes en su artículo 5.2 así: “Son todas aquellas cosas que pueden ser objeto de propiedad y son susceptibles de valoración económica, sean estas muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, incluyendo acciones, títulos, valores y activos digitales, así como las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas derivados de dichos activos”.

4. Cómo se adquiere el dominio

Los bienes se pueden adquirir de diversas maneras. El Libro Tercero del Código Civil, “De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y otros derechos”, establece en su artículo 796: “La propiedad se

¹ María Domínguez Guillén, Carlos Pérez Fernández, “Curso de Bienes y Derechos Reales”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2022, vol. I, p. 102.

² *Ibidem*, p. 104.

adquiere por la ocupación. La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la ley, por sucesión, por efecto de los contratos. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

El artículo 9 de la LOED se refiere a los bienes que se hayan transmitido por causa de muerte o por cualquier acto jurídico, quedando a salvo los derechos de terceros que hayan actuado de buena fe.

Normalmente el vehículo jurídico más utilizado para la adquisición del dominio es el convencional, los contratos.

La definición legal de contrato está en el artículo 1.133 del CC: “Es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”.

Las condiciones requeridas para la existencia del contrato están en el artículo 1.141 del CC y son consentimiento, objeto y causa lícita.

El objeto debe ser lícito (artículo 1.155 del CC).

La causa debe ser lícita. Es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1.157 del CC).

El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario (artículo 1.158 del CC).

El contrato debe ejecutarse de buena fe (artículo 1.160 del CC).

El Código Civil no define la causa.

La causa se presume y se presume lícita.

Hay que tener presentes los límites a la autonomía de la voluntad. Artículo 6 del Código Civil: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

La causa del contrato es el fin económico y social reconocido y protegido por el derecho; es la función a que el negocio, objetivamente considerado, se dirige³.

Según la LOED sería ilícita la causa de toda adquisición de un derecho real con valores o dinero proveniente de una actividad tipificada en la legislación contra la:

- Corrupción

³ Roberto De Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, t. 1, p. 283, citado por José Melich Orsini en *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*, estudio monográfico, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho.

- Delincuencia organizada
- Legitimación de capitales
- Tráfico de drogas.

IV. FINALIDAD DE LA LEY

Artículo 2

1. Incrementar la efectividad de la acción del Estado contra la corrupción.

2. Reafirmar la aplicación y reconocimiento del derecho a la propiedad teniendo presente que los bienes adquiridos con recursos de origen ilícito no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección constitucional ni legal.

V. DEFINICIONES

Artículo 5 (LOED)

1. Actividad ilícita: toda actividad tipificada en la legislación contra la:

- Corrupción
- Delincuencia organizada
- Legitimación de capitales y
- Tráfico de drogas

AUNQUE NO HAYA SENTENCIA EN EL PROCESO PENAL CORRESPONDIENTE.

2. Bienes: todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad.

3. Extinción de dominio: comprende la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes y efectos patrimoniales de personas naturales o jurídicas relacionadas con actividades ilícitas mediante sentencia firme, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe.

4. Titular aparente: toda persona natural o jurídica que invoque un derecho real sobre un bien objeto de esta ley.

5. Buena fe: conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de esta ley.

“Buena fe” es un concepto abierto y variable, indeterminado. La lealtad y la probidad están asociadas a la buena fe.

Buena fe es un concepto distinto a plena fe y a fe pública.

El CC se sitúa, para juzgar la buena o la mala fe, en el momento preciso de la adquisición.

Prueba de la buena fe: es casi imposible. Se presume. La presunción es un vehículo que usa el derecho para invertir la carga de la prueba.

Quien dice que ha actuado de buena fe, no tiene que probarla. Quien dice que se ha actuado de mala fe, tiene la carga de probarla.

VI. BIENES SUJETOS A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO (ARTÍCULO 8)

1. Derivados u obtenidos directa o indirectamente de actividades ilícitas, en los términos de esta ley. Por ejemplo: vendía drogas y con el producto compraba oro. O sacaba ilícitamente activos de la Tesorería Nacional.

2. Utilizados o destinados de cualquier forma para actividades ilícitas. Por ejemplo: destina un galpón con laboratorio para elaborar cocaína.

3. Que sean objeto material de actividades ilícitas. Por ejemplo: tiene una cuenta corriente donde se depositan pagos de secuestros.

4. De origen lícito utilizado para ocultar bienes de ilícita procedencia. Por ejemplo, usa su cuenta corriente donde recibe su pago por nómina y también para depositar el producto obtenido por la venta de drogas.

7. Que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.

Este es el numeral más importante. Es una categoría residual. Todo aumento patrimonial no justificado permitirá, razonablemente, considerar que proviene de actividades ilícitas.

11. Si no localizan, identifican, incautan o aseguran preventivamente un bien obtenido ilícitamente, se puede ir contra uno obtenido lícitamente.

12. Cuando se acredite la obtención de un tercero de buena fe de un bien obtenido ilícitamente, irán contra los lícitos que pueda tener el enajenante.

Los numerales 11 y 12 contemplan la posibilidad de persecución contra el procesado conforme a la LOED. En efecto, si no se localiza un bien obtenido ilícitamente, se podrá ir contra uno lícitamente, o cuando el bien obtenido ilícitamente haya sido “obtenido” por un tercero de buena fe, se podrá ir contra los obtenidos lícitamente por el enajenante.

VII. LÍMITE A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

El artículo 6 de la LOED establece, en su primer aparte: “La extinción de dominio tendrá como único límite el derecho de propiedad (*rectius*: el derecho real) lícitamente obtenido como valor constitucional y cuyos atributos se ejerzan de conformidad con la función social prevista en la Constitución y las leyes”.

En el segundo aparte: “Una vez demostrada la ilicitud de origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá que el objeto de las convenciones o negocios jurídicos que dieron lugar a la adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad. Por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos”.

La extinción de dominio tendrá como único límite el derecho de propiedad lícitamente obtenido como valor constitucional.

¿Qué es el derecho de propiedad obtenido como valor constitucional?

¿Qué es una adquisición contraria al régimen constitucional y legal a la propiedad?

La Constitución no establece “valor constitucional a la propiedad”. Dentro de los derechos económicos, el artículo 115 garantiza el derecho de propiedad: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad está sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Solo por causa de utilidad pública o interés social mediante sentencia

firme y pago oportuno de justa indemnización podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

En la Constitución de 1961 se garantizaba –artículos 98 y 99– la propiedad privada, pero no se hacía referencia a los atributos de la propiedad privada que están en el 525 del CC, como sí lo hace la Constitución de 1999. Sin embargo, esta no dice “se garantiza el derecho de propiedad privada”.

El artículo 116 de la vigente Constitución establece: “No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción, podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas o estupefacientes”.

Se ha dicho que el fundamento de la LOED es el artículo 116 citado. Este es un tema de amplia discusión. La LOED tiene el pudor de no mencionar el término “confiscación”. El artículo 116 citado establece la necesidad de sentencia firme por delitos cometidos contra el patrimonio público. Esos requisitos no los exige la LOED.

La LOED se aprobó con premura por parte de la Asamblea Nacional y, con más premura, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la LOED. El mismo día en que la LOED salió publicada en la Gaceta Oficial, el viernes 28 de abril, la Sala Constitucional declaró, como se dijo, la constitucionalidad del carácter orgánico de la LOED mediante la sentencia 351. Sin embargo, no se pronunció sobre su constitucionalidad. En efecto, la sentencia expresa: “(...) 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”.

VIII. CUÁNDO SE PRESUMIRÁ EL ORIGEN ILÍCITO DE LOS BIENES Y EFECTOS PATRIMONIALES

Cuando:

1. Resulte evidente la desproporción entre el valor de los bienes y efectos patrimoniales de que se trate y los ingresos de origen lícito del titular aparente.

2. Se haya producido el ocultamiento de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes mediante la utilización de personas naturales o jurídicas, entes sin personalidad jurídica interpuestos, paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3. Se haya realizado la transferencia de los bienes mediante operaciones que dificulten, impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación económica o válida.

IX. PROCEDIMIENTO

La LOED se exply en el tema del procedimiento para la extinción de dominio. De cuarenta y ocho artículos que tiene la ley, veinticuatro se refieren al procedimiento.

1. Es una acción civil. El 19 de mayo de 2023 el Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la disposición transitoria primera de la LOED, designó a los jueces competentes en materia de extinción de dominio de primera y segunda instancia para conocer con competencia nacional. De primera instancia son los tribunales 3, 6, 7 y 9, y para la apelación los superiores 3, 9 y 10, todos del área judicial del Área Metropolitana de Caracas.

2. El titular de la acción es el Ministerio Público.

3. Actúan de oficio o por denuncia. El artículo 13 establece la obligación de informar al servidor público para que conozca de la existencia de bienes que puedan ser objeto de extinción de dominio.

4. Las actuaciones tendrán carácter reservado hasta la notificación de la acción o materialización de las medidas cautelares.

5. Desde el inicio del proceso, si presumen que sobre el bien puede recaer la extinción se podrán dictar medidas cautelares: prohibición de

enajenar y gravar, incautación, decomiso, otras cautelares innominadas que resulten razonables y útiles para asegurar la finalidad de la decisión.

6. Si lo consideran urgente y lo piden, el juez debe decidir en las veinticuatro horas siguientes. El órgano auxiliar de investigación puede pedir la cautelar directamente al juez, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público, que deberá constar en la solicitud. Esto significa que un funcionario policial puede solicitar directamente una cautelar, previa autorización por cualquier medio del Ministerio Público. La autorización puede ser por un mensaje de texto en un teléfono celular.

7. Se decretará la medida sin importar quién sea el titular del bien, sin caución, y el Ministerio Público tiene dos meses, prorrogables, para ejercer la acción. Esto quiere decir que sin existir el procedimiento puede un policía solicitar la cautelar y el Ministerio Público tiene hasta cuatro meses para intentar la acción.

8. Ejercida la acción, el juez tiene tres días para pronunciarse.

9. Admitida, notificará a los titulares aparentes o desconocidos por cartel de emplazamiento que se publicará, durante cinco días, en el tribunal, en una página web oficial o a través de cualquier otro medio idóneo.

10. Hasta que no estén notificados todos los titulares aparentes, la acción es secreta.

11. Habrá dos audiencias: una preparatoria y una de fondo.

12. La preparatoria (artículo 34) es para promover medios de prueba y para que el juez escuche a los titulares aparentes. En cuanto a la prueba, la LOED se separa completamente de la Ley Modelo. En efecto, la Ley Modelo, en cuanto a la prueba, establece los mismos principios que contemplan nuestros Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Procesal Penal. La Ley Modelo en sus artículos 34 y 35, en cuanto a la carga y a la apreciación de la prueba, establece que corresponde a cada parte probar los fundamentos que sustentan su posición y que las pruebas serán apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En cambio, la LOED establece en su artículo 37 que los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso deberán ser probados

por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos, por lo que se seguirá el principio de la carga dinámica de la prueba y el juez decidirá a través de un balance de probabilidades. No es materia aquí profundizar en esas novedades que han sido rechazadas, para la fecha de estas notas, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Finalizada la audiencia preparatoria el juez resolverá, según corresponda, sobre las cuestiones siguientes:

- Las nulidades o impedimentos.
- La legitimación, el interés de los intervinientes y determinar quiénes serán parte del juicio.
- El recurso de revocación que se hubiere interpuesto contra la admisión de la acción.
- La admisibilidad de las pruebas promovidas, ordenando las que considere pertinentes, conducentes y útiles.
- Contra las decisiones adoptadas en la audiencia preparatoria se admitirá el recurso de apelación, solo con efecto devolutivo, en los términos previstos en esta ley.

13. En el desarrollo de la audiencia de fondo de evacuarán las pruebas debidamente admitidas y las partes expondrán los argumentos de hecho y de derecho que sustenten su posición.

Pruebas: se podrán decretar de oficio. La carga la tiene quien esté en mejores condiciones (principio de la carga dinámica de las pruebas). El juez apreciará las pruebas de acuerdo con un “balance de probabilidades”. La Ley Modelo dice que la valoración de la prueba es según la sana crítica y la carga es de la parte (artículos 34 y 35).

Concluido el debate, la sentencia se dictará el mismo día. Si el tema es complejo, el juez leerá la parte dispositiva y expondrá de manera sucinta los fundamentos de hecho y de derecho y dentro de los cinco días publicará la sentencia. Será apelable y se oirá la apelación en ambos efectos.

14. Apelación:

A. Se apela ante el tribunal de la causa dentro de los cinco días después de dictada la decisión, por escrito fundado y, si se promueven pruebas, debe ser en el mismo escrito.

B. El juez de la causa emplazará a las otras partes para que lo contesten dentro de los tres días siguientes y, de ser el caso, para que promuevan pruebas.

C. El juez remitirá, dentro de veinticuatro horas, las actuaciones al superior.

D. El superior decidirá sobre la admisibilidad de la apelación dentro de los tres días.

E. Admitido el recurso, lo decidirá dentro de cinco días.

F. Si alguna parte ha promovido prueba y el tribunal superior la estima útil y necesaria, fijará una audiencia oral dentro de los diez días siguientes. Quien haya promovido pruebas tendrá la carga de su presentación en la audiencia.

X. VISIÓN PROSPECTIVA DE LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el mes de marzo de 2023 el Gobierno nacional “destapó” un nuevo caso de corrupción en Petróleos de Venezuela S. A., a través de la Superintendencia Nacional de Criptomonedas y Actividades Conexas (Sunacrip), ante la desaparición del Tesoro Nacional de 21.000 millones de dólares. El presidente de la república anunció que la corrupción había afectado a tres sectores: la industria petrolera, el aparato político y el aparato judicial. El presidente, públicamente, le aceptó la renuncia al ministro del Petróleo y se ordenó la detención de más de cuarenta altos funcionarios del Gobierno.

Inmediatamente después de este nuevo escándalo se empezó a hablar de la necesidad de rescatar los bienes producto de la corrupción.

En esta circunstancia, la Asamblea Nacional aprobó la LOED.

La aplicación de esta ley, de dudosa constitucionalidad, puede ser peligrosa. Dada la inexistencia de independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público, se puede convertir en otro instrumento de venganza política y control social.

La LOED es de por sí de difícil aplicación. Eso de perseguir bienes obtenidos por actividades presumidas como delictuales, no sentenciadas como tales por tribunales ordinarios con competencia en esas materias, es delicado.

Se trata de un proceso civil cuya acción la ejerce el Ministerio Público. La premisa sobre la que va a juzgar el juez civil es la comisión de un delito. La consecuencia es la pérdida de dominio de los bienes obtenidos por el actor de la actividad criminal.

Un juez civil decidiendo un tema penal y además sin poder restringir la libertad del autor del ilícito, como lo denomina la LOED, que no es otra cosa que una conducta tipificada como delictual por una norma jurídica del campo penal.

El proceso es bifronte, en un frente el juez civil debe examinar y pronunciarse sobre un hecho delictuoso y en el otro eliminar el dominio sobre un bien y pasarlo al Estado.

Sin embargo, no debemos olvidar lo que ocurre en la mayoría de los procesos penales en los que haya una conducta tipificada como delictual, como por ejemplo asociación para delinquir, delincuencia organizada, corrupción, tráfico de drogas, estafa, apropiación de depósitos bancarios, secuestro, entre otras, que haya traído incremento patrimonial. Si se sentencia condenando al autor, quedan sin recuperación los bienes mal habidos.

Hay numerosos casos en Venezuela en los cuales ministros, tesoreros nacionales, presidentes de empresas del Estado, jueces, altos funcionarios del Estado o sus parientes han salido de sus cargos con un grosero enriquecimiento que no se corresponde con sus salarios. Excepcionalmente se ha logrado condenarlos, sin recuperación alguna de las enormes cantidades mal habidas.

Solo, por excepción también, algunos pocos que han caído en otras jurisdicciones con Poder Judicial independiente han sido condenados y los bienes mal habidos adquiridos en esas jurisdicciones confiscados o, en algunos casos, entregados a cambio de rebajas en las penas.

En el campo de los particulares, lamentablemente, han ocurrido casos de desfalcos bancarios que le han costado enormes sumas de dinero al Estado, sin que haya sido posible recuperar el patrimonio mal habido.