

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO
ESCUELA DE POSTGRADO



ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE
LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO
RESPECTO DE LOS BIENES MEZCLADOS

TESIS
PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL

AUTOR:

Br. Midory Guadalupe Rivera Córdova

ASESOR:

Ms. Ronal Manolo Zegarra Arévalo

Fecha de sustentación: diciembre 2020

Trujillo

DEDICATORIA

A mis padres Edgar Rivera Córdova y Lilia Córdova Meza, por ser el motor que me impulsa día a día. A mis hermanos Lucero y Mathías por su inmenso amor. A Celinda Rivera Vargas por su apoyo constante.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitir que logre una de mis metas profesionales, a todos los que contribuyeron en la realización de este trabajo, en especial a la Dra. Faviola Susana Campos Hidalgo quien con sus consejos y sugerencias hicieron posible la consecución de esta tesis.

RESUMEN

La presente tesis titulada: Análisis sobre la constitucionalidad de la acción de extinción de dominio respecto de bienes mezclados; estudia la institución jurídica en relación a que el decreto legislativo N°1373 faculta en caso de mezcla de bienes lícitos con bienes de origen ilícito la extinción de dominio sobre la totalidad de los bienes; afectando de esta manera bienes lícitos por lo que se plantea el siguiente problema: ¿De qué manera la regulación del artículo 7.1, inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho constitucional de propiedad?, mediante una investigación de tipo dogmática, teórica descriptiva con la aplicación del método inductivo – deductivo, se han arribado a resultados que nos permiten contrastar la hipótesis y arribar a conclusiones, teniendo como una de ellas, que la regulación del artículo. 7.1, inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho de propiedad de los bienes lícitos, constituyendo un acto confiscatorio y desproporcional sin fundamento constitucional que lo legitime. Se plantean recomendaciones a fin de que el estado formule una política criminal de recuperación de activos de la delincuencia, respetando el ordenamiento jurídico interno, y se propone la modificación del referido artículo.

ABSTRACT

This thesis entitled: Analysis of the Constitutionality of the action of extinction of dominance in respect of mixed goods, analyses this legal institution, in view of the fact that legislative decree No. 1373 empowers in the event of a mix of lawful goods with bins of illicit origin, the extinction of dominance over all goods, affecting lawful goods in this way and the following problem arises: How does the regulation of Article 7(c) of Legislative Decree No.1373 on the extinction of dominance over mixed goods affects the constitutional right to property? through dogmatic, theoretical research with the application of the inductive –deductive, have come to results that allow us to contrast the hypothesis and reach conclusions, as one of them, that the regulation of Article 7(c) of Legislative Decree No. 1373 on the extinction of dominance over mixed goods affects the right to property law of lawful property, constituting a confiscatory and disproportional act without a constitutional basis that legitimizes it. Recommendations are made for the state to formulate a criminal policy of recovering assets from crime, respecting the domestic legal order, and proposes to amend that article.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| CARATULA | |
| DEDICATORIA | iii |
| AGRADECIMIENTOS | iv |
| RESUMEN..... | v |
| ABSTRACT | vi |
| | |
| I.- INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| 1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 3 |
| 1.3.- HIPÓTESIS..... | 6 |
| 1.4.- VARIABLES: | 7 |
| 1.5.- JUSTIFICACIÓN: | 7 |
| 1.6.- OBJETIVOS: | 8 |
| II.- MARCO TEORICO..... | 9 |
| 2.1.-MARCO DE REFERENCIA | 9 |
| 2.2.- MARCO TEÓRICO..... | 14 |

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| LA EXTINCIÓN DE DOMINIO..... | 14 |
| 1.- NOCIONES GENERALES. -..... | 14 |
| 1.1.- DESARROLLO HISTÓRICO INTERNACIONAL | 15 |
| 1.2.- CONCEPTO. - | 24 |
| 1.3.- NATURALEZA JURÍDICA. - | 29 |
| 2.- NORMATIVA INTERNACIONAL RELACIONADA CON LA EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS. | 32 |
| 2.1.-CONVENCIÓN CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (VIENA 1988). | 34 |

| | |
|--|----|
| 2.2.-CONVENIO EUROPEO SOBRE BLANQUEO, DETECCIÓN, EMBARGO Y CONFISCACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE UN DELITO (ESTRASBURGO DE 1990). - | 35 |
| 2.3.-CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (PALERMO 2000)..... | 36 |
| 2.4.- CONVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN (MÉRIDA 2003)..... | 37 |
| 2.5.-RECOMENDACIÓN N°4 DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI)..... | 38 |
| 3.- LA EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS EN EL DERECHO COMPARADO. | 41 |
| 3.1.-COLOMBIA..... | 41 |
| 3.2.- MÉXICO | 44 |
| 3.3.- EL SALVADOR..... | 47 |
| 3.4.- COSTA RICA..... | 50 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL PERÚ | 54 |
| 1.- ANTECEDENTES | 54 |
| 1.1.- DECRETO LEGISLATIVO N°1104 “LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO” | 56 |
| 2.- DECRETO LEGISLATIVO N°1373 “LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”. .. | 58 |
| 2.1.- CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD..... | 61 |
| 2.2.- CARACTERÍSTICAS | 68 |
| 2.3.- CAUSALES Y PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA. - | 75 |
| 2.3.1.- Causales De Origen..... | 77 |
| 2.3.2.- Causales de Destinación..... | 79 |
| 2.3.3.-Presupuestos | 80 |
| 2.4.- CAUSAL DE PROCEDENCIA SOBRE BIENES MEZCLADOS..... | 81 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|-----|
| EL DECOMISO | 88 |
| 1.- CONCEPTO. - | 90 |
| 2.- NATURALEZA JURÍDICA. - | 96 |
| 3.- EVOLUCIÓN Y CLASIFICACIÓN..... | 101 |
| 3.1.- DECOMISO PENAL. - | 104 |
| 3.2.- DECOMISO SIN CONDENA O CIVIL. - | 107 |
| 3.3.- DECOMISO AMPLIADO. - | 114 |
| 4.- REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. - | 118 |
| 4.1.- LEGISLACIÓN URUGUAYA. – | 118 |
| 4.2.- LEGISLACIÓN ECUATORIANA | 120 |
| 4.3.- LEGISLACIÓN ARGENTINA..... | 121 |
| 5.- DECOMISO DE BIENES LÍCITOS MEZCLADOS CON BIENES ILÍCITOS. | 126 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----|
| EL DERECHO DE PROPIEDAD | 131 |
| 1.- LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL. - | 131 |
| 1.1.- CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD. – | 133 |
| 1.2.- DIMENSIÓN SUBJETIVA O DE LIBERTAD DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. – | 134 |
| 1.3.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD. – | 134 |
| 1.4.- PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL..... | 135 |
| 1.5.- LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD..... | 141 |
| 2.- LA EXPROPIACIÓN..... | 149 |
| 3.- LA CONFISCACIÓN. - | 152 |
| 4.- LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD RESPECTO A LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO..... | 153 |

| | |
|--|-----|
| 5.- EL DERECHO DE PROPIEDAD FRENTE A LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS. | 163 |
| III.- MARCO METODOLÓGICO..... | 169 |
| 3.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN..... | 169 |
| 3.1.1.-DE ACUERDO A LA ORIENTACIÓN O FINALIDAD. | 169 |
| 3.1.2.- DE ACUERDO A LA TÉCNICA DE CONTRASTACIÓN..... | 169 |
| 3.2.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN..... | 170 |
| 3.2.1.- MÉTODO CIENTÍFICO..... | 170 |
| 3.2.2.- MÉTODO LÓGICO..... | 171 |
| 3.2.2.1. MÉTODO ANALITICO..... | 171 |
| 3.2.2.2. MÉTODO HISTORICO..... | 171 |
| 3.2.3.- MÉTODOS JURÍDICOS. | 172 |
| 3.2.3.1.- MÉTODO DOCTRINARIO. | 172 |
| 3.2.3.2. MÉTODO EXEGÉTICO..... | 172 |
| 3.2.3.3.- MÉTODO HERMENEUTICO | 173 |
| 3.3.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS | 173 |
| 3.3.1. TÉCNICA DE LECTURA:..... | 173 |
| 3.3.2. TECNICA DE RECOPIACIÓN DOCUMENTAL. | 173 |
| 3.3.3. OBSERVACIÓN Y ANALISIS DE DATOS..... | 174 |
| 3.4. POBLACIÓN:..... | 174 |
| 3.5.- MUESTRA:..... | 175 |
| 3.6.- UNIDAD DE ANÁLISIS:..... | 176 |
| IV.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN. | 177 |
| V.- CONCLUSIONES. – | 205 |
| VI.- RECOMENDACIONES. – | 207 |
| 6.1. PROPUESTA LEGISLATIVA..... | 208 |
| VII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. -..... | 215 |

I.- INTRODUCCIÓN

El crecimiento de las organizaciones criminales y su *modus operandi* suscitan preocupación mundial por implementar instrumentos jurídicos para su persecución y desarticulación. Nuestro país no ha sido indiferente a esta preocupación y desde hace varios años ha venido ratificando tratados internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado, Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otros. Lo que ha tenido como consecuencia la creación y aprobación de diferentes leyes, con la finalidad de cumplir con las exigencias de los tratados internacionales y de solucionar un problema social como el de la delincuencia organizada. Producto de ello, se han creado leyes que buscan la persecución penal de los involucrados, las que no han resultado ser las más eficaces.

En el panorama global, se ha demostrado que ya no es suficiente ni práctico atacar estos fenómenos sociales únicamente desde la arista penal. Por lo que se recomienda atacar el patrimonio de estas organizaciones, lo cual les genera una gran afectación. Esta situación no es novedosa para el derecho penal, el cual desde hace mucho tiempo cuenta con instrumentos como el decomiso para la persecución de bienes que son producto o instrumento del delito; sin embargo, lo novedoso radica en que se pretende perseguir los bienes ilícitos obtenidos de una forma mucho más amplia que un proceso penal. En otras palabras, se pretende establecer lo que es conocido en otros países como “un decomiso sin condena” o bien, “una acción de extinción de dominio”. Tal es así, que, en nuestro ordenamiento jurídico, mediante el Legislativo N° 1373, del 04 de agosto del 2018, se insertó la figura de la extinción de dominio, que entró en vigencia con la publicación de su reglamento, el 01 de febrero del 2019.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad analizar la Ley de Extinción de Dominio en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente

respecto a la inserción de un presupuesto de procedencia respecto a bienes lícitos cuando se hayan mezclados con bienes de origen ilícito. Por lo que preocupa la incorporación de un inciso referente a bienes mezclados, en la medida que se afectaría el derecho constitucional de propiedad de los bienes lícitos, constituyendo un acto confiscatorio.

El Primer Capítulo, desarrollará con amplitud las nociones generales de la acción de extinción de dominio, desarrollo histórico, concepto, naturaleza jurídica. Además, se analizarán las normas internacionales que le dan sustento y lo que prevén respecto a bienes mezclados, de igual forma los fundamentos constitucionales para su implementación en otros países como Colombia, haciéndose una comparación con nuestro marco constitucional. Posteriormente, en el segundo capítulo se abordará, la Extinción de Dominio en el Perú, la regulación de la derogada ley de pérdida de dominio, las principales diferencias con el Decreto Legislativo N°1373 en vigencia, respecto al cual se estudiará su concepto, ámbito de aplicación, características y los principales problemas sobre la causal de procedencia respecto a bienes mezclados. En el tercer capítulo se abarcarán temas de gran relevancia, como El Decomiso, evolución, concepto y clasificación. De igual manera, se estudiarán las similitudes y diferencias entre la extinción de dominio con el Decomiso Civil o Sin Condena, la implantación de este tipo de decomiso de naturaleza anglosajona en países con tradición romano germánica y sus implicancias.

Por último, en el capítulo cuarto, se abordará el Derecho Constitucional de Propiedad como límite para la aplicación de la extinción de dominio, se analizará la Función Social como atributo del derecho de propiedad, sus implicancias y limitaciones. Profundizando en la expropiación y confiscación. Se hará una crítica respecto a en qué medida la declaración de extinción de dominio sobre bienes mezclados, afecta el de Derecho de Propiedad

1.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestra Constitución establece en su artículo 70° que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

Asimismo el Tribunal Constitucional en su sentencia 3881-2012-AA/TC establece: La propiedad es un derecho constitucional ligado a la libertad personal, puesto que con ella se ejerce la libertad económica y la participación en la organización socio económica de un país “ *“En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias; c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”*”. “*Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución*”.

Bajo este marco constitucional nuestra legislación ha introducido mediante Decreto Legislativo N°1373 del 04 de agosto del 2018, la Ley de Extinción de Dominio, la cual en su artículo 3.10 la define como: “***Consecuencia jurídico patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros***”. Constituyéndose como una herramienta de política criminal para la prevención y lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada, principalmente. En base a que el Estado únicamente reconoce y protege la propiedad adquirida por justo título y no puede existir derecho de propiedad sobre bienes que provienen de origen ilícito o tiene un fin o destino ilícito.

Es así que la ley en mención, al definir la extinción de dominio, está orientando su utilidad para la persecución de bienes de procedencia ilícita, sin embargo, si se analiza el artículo 7.1 del Decreto Legislativo N°1373 en su inciso c), su orientación es la persecución de bienes de procedencia lícita, cuando tengan una vinculación con bienes de origen ilícito. Por lo que preocupa la incorporación de un inciso referente a bienes mezclados (bienes ilícitos y lícitos).

Es tal sentido el referido artículo describe lo siguiente: son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio cuando se trate de bienes de procedencia lícita que:

- ✓ Han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia.
- ✓ Se confundan con bienes de origen ilícito.
- ✓ **Se mezclen con bienes de origen ilícito.**
- ✓ Resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.

Respecto al primer supuesto se puede entrever que se refiere a la aplicación de la extinción de dominio cuando se destine para la ocultación, encubrimiento e incorporación de bienes ilícitos con bienes lícitos, este supuesto busca aplicarse a la propiedad lícita mezclada con bienes de origen ilícito porque la propiedad no ha sido utilizada con el fin y propósito de la cual yace su existencia, es decir, la propiedad no tiene una intención de ser de uso privado lícito o para fines del bien común, sino para finalidades de ocultamiento del origen ilícito, es ahí donde se materializa la extinción de dominio, porque el bien de origen lícito no fue utilizado para su naturaleza propia, sino para un fin delictivo, por lo que al respecto no existe controversia.

Sin embargo, el cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma , en la que se centra la presente investigación surge respecto al tercer supuesto al solo referirse a “bienes lícitos mezclados con bienes de origen ilícito”, que puede dar a

entender, en un principio que se trata del mismo supuesto antes desarrollado, sin embargo de un análisis taxativo de la norma debe entenderse que el solo hecho de mezclar bienes de origen ilícito con lícitos es causal de extinción de dominio, sin mayor fundamento, lo cual es contrario al propio fin de la norma que establece su aplicación sobre bienes patrimoniales que tienen un origen o destino ilícito; por lo que se estaría vulnerando el derecho de propiedad sobre el bien adquirido por justo título, debiendo en todo caso ser susceptible de extinción de dominio los bienes de origen ilícito que hayan sido mezclados con los de origen lícito, sin afectar a estos últimos.

En tal sentido el supuesto que establece la procedencia de la acción de extinción de dominio contra bienes lícitos cuando se mezclen con bienes de origen ilícito, tendría un carácter confiscatorio, pues *“en lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con bienes ilícitos sin haberse establecido límite ni fundamento alguno, dejando de lado lo que la normativa de Naciones Unidas prevé en estos casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos que es la incautación únicamente de los bienes ilícitos hasta por su valor estimado”*. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena.

En tal sentido, si bien los instrumentos internacionales invitan a los Estados parte a fortalecer y/o crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad, también subrayan que apostar por un camino u otro dependerá de lo que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno.

En el caso peruano la manera en que se ha regulado la acción de extinción de dominio sobre la figura de los bienes mezclados nos lleva a considerar vicios de constitucionalidad, en el sentido de configurarse una posible confiscación dado que puede entreverse un desequilibrio excesivo de los derechos que ampara la constitución, ya que en este caso, se buscaría materializar la interdicción de la arbitrariedad, más cuando el propio ámbito de aplicación de la ley de extinción de

dominio en su artículo 1° establece que se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de actividades ilícitas. En vista de eso, siguiendo el principio de proporcionalidad a través de una modificación al referido inciso, se podría no afectar la propiedad de origen lícito o plantear una reforma constitucional como en el caso colombiano, que se elevó a rango constitucional la figura jurídica de extinción de dominio, a efectos de acabar con cualquier vicio respecto a su constitucionalidad.

Por tal motivo la acción de extinción de dominio respecto a bienes mezclados, tal como está regulada, tiene un fuerte indicio de inconstitucionalidad al estar propenso a las arbitrariedades, al aplicarse por ser simplemente bienes mezclados sin ningún otro fin determinable.

1.2.- FORMULACIÓN O ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿De qué manera la regulación del artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho constitucional a la propiedad?

1.3.- HIPÓTESIS

La regulación del artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho a la propiedad de los bienes lícitos dado que constituye un acto confiscatorio y desproporcional sin fundamento constitucional que lo legitime.

1.4.- VARIABLES:

Variable Independiente:

La regulación del artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados.

Variable Dependiente:

Afecta el derecho a la propiedad de los bienes lícitos dado que constituye un acto confiscatorio y desproporcional sin fundamento constitucional que lo legitime.

1.5.- JUSTIFICACIÓN:

Conveniencia: La presente investigación permite establecer la inconstitucionalidad de la acción de extinción de dominio sobre bienes mezclados, a efectos de plantear una modificación legislativa que subsane los vicios que reviste.

Relevancia social y política: La presente investigación es relevante socialmente, debido a que otorga un marco normativo y constitucional más claro, que permitirá estatuir un ordenamiento eficaz de extinción de dominio sin márgenes de arbitrariedad.

Implicaciones prácticas: La propuesta de tesis que se plantea tiene implicaciones prácticas dado que se presentarán casos en las Fiscalías Especializadas de Extinción de dominio que pueden solucionarse a través de una norma clara y constitucional.

Valor teórico: Permite determinar la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, su procedencia respecto a los bienes mezclados, y la importancia de una correcta regulación.

1.6.- OBJETIVOS:

Objetivo General

- ✓ Determinar la vulneración del derecho a la propiedad por la extinción de dominio sobre bienes mezclados regulado en el inciso c), del artículo 7.1 del Decreto Legislativo N°1373.

Objetivos Específicos

- ✓ Analizar el marco normativo convencional y constitucional peruano sobre la extinción de dominio.
- ✓ Determinar el marco conceptual, la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, su evolución y tratamiento legal respecto a bienes lícitos mezclados con bienes de ilícita procedencia en el derecho nacional y la figura del decomiso.
- ✓ Establecer los fundamentos jurídicos constitucionales que cuestionan el artículo 7.1 inciso c del Decreto Legislativo N°1373 respecto al supuesto que prescribe: “(...) *incorporar bienes de procedencia lícita que se mezclen con bienes de origen ilícito*”.
- ✓ Proponer la modificación del artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373, suprimiendo el supuesto que prescribe: “(...) *incorporar bienes de procedencia lícita que se mezclen con bienes de origen ilícito*”.

II.- MARCO TEORICO

2.1.-MARCO DE REFERENCIA

Con respecto a la problemática descrita, no se han desarrollado investigaciones específicas respecto a ello; sin embargo, se cuenta con unos marcos normativos internacionales y antecedentes legislativos nacionales, que han desarrollado la naturaleza de la ley de extinción de dominio, su incorporación al ordenamiento jurídico latinoamericano y jurisprudencia respecto a sus implicancias constitucionales. En ese sentido, a nivel internacional se destacan aspectos relevantes para la aplicación de la extinción de dominio respecto a los bienes mezclados, en las siguientes convenciones:

- Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988). - Que en su Artículo 5º, numeral 6, literal “B” señala: “Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado”.

- Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (Palermo 2000). – Que en su Artículo 12º, numeral 4 señala: “Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.”

- Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida 2003). - Que en su Artículo 31°, numeral 5 señala: “Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

- Recomendación N°4 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). - La cual recomienda que los bienes puedan ser decomisados sin que se requiera una condena penal.

Así también, a nivel latinoamericano esta figura se ha venido implementando en diversas legislaciones, quienes también regulan la aplicación de extinción de dominio respecto a bienes mezclados, pero bajo un marco constitucional distinto como es el caso de la legislación colombiana y mexicana que se caracterizan por que la acción de Extinción de Dominio se encuentra prevista en sus Constituciones; limpiando cualquier tamiz o cuestionamiento a su constitucionalidad.

- COLOMBIA: La ley N°793 de 27/12/2002 que regula la Acción de Extinción de Dominio, tiene su origen constitucional; puesto que se fundamenta en el artículo 34° de la Constitución colombiana, que dice: 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”.

- MÉXICO: La ley Federal de Extinción de Dominio de 29/05/2009 y posteriormente la Ley Nacional de Extinción de Dominio del 09/08/2019 modificada el 22/01/2020 establece el Procedimiento de Extinción de Dominio que reglamenta el Artículo 22° de la Constitución mexicana, que dispone: “Quedan prohibidas las penas de muerte, (...) la confiscación de bienes (...). 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 una 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 la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de La Extinción de Dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: i) Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; ii). Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes (...)"

Mención aparte merece la implementación de la ley de extinción de dominio que también establece como presupuesto de procedencia cuando se trata de bienes de procedencia lícita que han sido mezclados con bienes de origen ilícito en:

- EL SALVADOR: La constitución política de 1983, artículo 22° establece que “la propiedad es transmisible en la forma que determinen las leyes. En el artículo 103° se reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada en función social.

Como se puede observar en el presente caso al igual que en el Perú no se ha elevado a rango constitucional la figura jurídica de extinción de dominio, asimismo La Corte Suprema de Justicia de el Salvador, en sentencia del 28/08/2018 establece: i) Los bienes con origen ilícito nunca podrán ser protegidos o regulados por el ordenamiento, y aquellos que fueron destinados a actividades ilícitas dejaron de cumplir con su función social. ii) La adquisición ilícita de bienes tiene efectos permanentes, es decir no se sana con el tiempo. Es así como en el caso de El Salvador muy parecido al nuestro se han dado cuestionamientos con respecto a la problemática que se ha descrito.

En ese sentido, Ricardo Langlois, en su artículo “Análisis de la Aplicación de Extinción de Dominio en bienes de Francisco Flores”, arriba a las siguientes conclusiones: “La Ley Especial de Extinción de Dominio, en su artículo 6°

literal d) regula dos supuestos que fueron casi prestados de la legislación colombiana, el primero en donde los bienes lícitos son instrumentalizados para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, es decir, se trata de una destinación; y el segundo en el cual la sola mezcla de bienes de origen ilícito con bienes de origen lícito deviene una razón de extinguir el dominio.

Para entendimiento de ambos supuestos, se utilizaron las teorías de la contaminación total y parcial, las cuales tienen efectos jurídicos distintos para la aplicación de extinción de dominio: ayuda a determinar hasta qué punto es extingible un bien a favor del Estado; aunado a ello, se muestra la posible inconstitucionalidad de la figura de los bienes mezclados, al quererse aplicar extinción de dominio por ser simplemente mezclados sin ningún otro fin determinable, por lo que se estaría verificando una confiscación motivada con vulneración al principio de proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad y manifiesta irracionalidad, ya que pueden existir otras opciones de sanción las cuales pueden adoptarse por reforma legislativa”.

Así también, Patricia Vargas González, en su artículo “La Extinción de Dominio: Una Aproximación desde los Derechos Fundamentales” arriba a la siguiente conclusión respecto a la problemática descrita: *“El supuesto de extinción de dominio sobre bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos es claramente confiscatorio. En lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, sin límite alguno. ¿Cuál es la razón, el fundamento de esto? No la hay. Especulando, podría ser el sancionar al titular de los bienes lícitos por permitir esa mezcla y, si es una sanción, hay que aplicar los derechos y garantías que se asocian a estas. Además, con esto también se deja de lado que la misma normativa de Naciones Unidas lo que prevé en estos casos (de mezcla de bienes lícitos e ilícitos) es la incautación únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena”*.

Dentro del marco legislativo peruano se tiene como marco referencial el Decreto Legislativo N°1373 del 04 de agosto del 2018, Ley vigente sobre Extinción de dominio que establece en su artículo 1°, que “ se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas; contra la administración pública, contra el medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, etc (...)”, la misma que se ha reglamentado mediante Decreto Supremo N°007-2019-JUS del 31 de enero del 2019, habiéndose creado las Fiscalías Superiores Transitorias y Fiscalías Provinciales Transitorias de Extinción de Dominio a nivel nacional mediante Resolución de Junta de Fiscales Supremos N°062-2019-MP-FN-JFS del 07 de junio del 2019, evidenciándose su reciente implementación, por lo que a la fecha no se cuenta con jurisprudencia o pronunciamientos judiciales relevantes.

Sin embargo, para dar luces de la postura de la Corte Suprema sobre el derecho de propiedad y pérdida o extinción de dominio, antes de la vigencia de la ley se tiene la CASACIÓN N.º 1408-2017 -PUNO, del 30/05/2019 en la que establece: “La pérdida o extinción de dominio, como institución, fue incorporada en nuestro ordenamiento legal por el Decreto Legislativo N°992. Su finalidad es obtener mecanismos para la lucha contra la delincuencia organizada y la generación de desincentivos en la obtención de ganancias ilícitas. La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae en el ámbito de la inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegible. No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas. En la pérdida o extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo. Por ello, tiene igualmente una naturaleza civil. Ergo, nada impide que se pueda incoar el proceso de pérdida de dominio en caso de sentencias absolutorias”.

Como se ha podido apreciar, si bien existen investigaciones internacionales y un marco legal del derecho comparado que ha abordado de manera

general el ámbito de la acción de extinción de dominio sobre bienes mezclados, lo cierto es que en nuestro país de manera específica no se ha realizado ningún estudio sobre la constitucionalidad de la figura jurídica en este aspecto; es por ello, que luego de haber realizado una búsqueda exhaustiva se advierte que no existen trabajos concretos que hayan abordado la problemática que se plantea en la presente tesis; considerando por ello, que cumple las condiciones metodológicas y temáticas exigidas.

2.2.- MARCO TEÓRICO.

CAPÍTULO I

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

1.- NOCIONES GENERALES. -

La comunidad internacional, en las últimas décadas, con el fin de proteger la economía lícita y luchar contra el crimen organizado, que se ha rebasado globalmente; ha producido a nivel mundial, una iniciativa que goza de varios nombres: confiscación objetiva, extinción de dominio, pérdida de dominio, decomiso civil o confiscación sin condena, entre otros; por medio de instrumentos internacionales donde se dan las pautas a los estados con el designio de brindar opciones ante el eminente crecimiento de la corrupción y a la criminalidad organizada. Esta iniciativa internacional se dirige a los patrimonios ilícitos, a identificarlos y recuperarlos de las organizaciones delictivas; de dotar al Estado de una nueva herramienta para el aseguramiento y asignación de los bienes de la delincuencia organizada, con el fin de limitar su accionar desde lo financiero.

En el Perú, esta nueva institución, se encuentra regulada por el decreto legislativo N°1373, siendo muchas las críticas que ha recibido y mientras unos la

descartan, otros la consideran una medida necesaria frente a las dificultades que presenta el proceso penal. Por medio de este primer capítulo, se dará un acercamiento general a la extinción de dominio, mediante la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional.

1.1.- DESARROLLO HISTÓRICO INTERNACIONAL

La extinción de dominio, tiene su origen en la confiscación. La palabra confiscación viene del verbo confisco, compuesto de la preposición cum y el sustantivo fiscus, “cesta para guardar dinero”, “fisco”, “tesoro imperial”, que se traduce como “guardar dinero en una cesta”, de ahí el significado de “ingresar dinero en la caja del fisco” (Aceves, 2013)

Está claro, que la noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. En la antigüedad, el decomiso de bienes en favor del Estado cumplió un rol importante en este sentido. Es preciso recordar que ya en el Derecho romano se encontraba prevista la confiscación como privación de todo o parte del patrimonio, tanto por la comunidad social como por vía de pena, y en no pocas ocasiones fue empleada con el propósito preferente de conseguir apoderarse de los bienes del penado para enriquecer al Estado. Desde su aplicación en el derecho penal la confiscación era una pena accesoria que se imponía junto con las penas principales de perduelión (crímenes contra el Estado), venta como esclavo de un individuo que antes fue libre, sentencias de muerte o condena a las minas. Justiniano llegó a prohibir la confiscación total en general y la dejó subsistente para los delitos contra el Estado. En las antiguas leyes la confiscación se continuó aplicando siguiendo el Derecho romano y se abolió en casi todas las legislaciones a partir del siglo XVIII. (Molina, 2007)

En el caso colombiano, durante el régimen colonial rigió el sistema jurídico punitivo español, cuya fuente se sitúa en la ley de las Siete Partidas, en las que

se consagraban cuatro penas mayores y tres penas menores, siendo una de las primeras el destierro con ocupación de todos los bienes. (Molina, 2007)

Con el advenimiento de la independencia, la confiscación, entendida como la privación de todos los bienes que conforman el patrimonio de una persona, fue prohibida como una manera de proteger la propiedad privada de la arbitrariedad del poder estatal; pero dejando a salvo la posibilidad de establecer otro tipo de medidas o sanciones de contenido patrimonial.

La pobreza del lenguaje jurídico, llevó a que en las primeras codificaciones se denominara confiscación a cualquier sanción del delito que significara un traslado de bienes particulares al Estado, como la multa o el decomiso, recibiendo todas ellas el nombre impropio de confiscaciones especiales. No obstante, lo que fue proscrito por considerarse un ejercicio abusivo de la potestad punitiva del Estado fue la denominada confiscación general o a título universal, en cuya virtud se privaba al delincuente de la totalidad o de una cuota parte de su patrimonio, pero nunca han sido prohibidas esas llamadas confiscaciones especiales, en atención a que el reconocimiento de la propiedad privada en las democracias liberales no ha conducido al exceso de afirmar que la pena no pueda, en ningún caso, restringir derechos de contenido patrimonial. (Molina, 2007).

En consecuencia, en el Derecho Romano, el condenado perdía la totalidad de sus bienes en la confiscación, la cual no era una pena principal y era impuesta por un proceso penal. Sin embargo, durante la época siguiente a la República, se utilizó la confiscación para ensanchar la riqueza al Estado con la pérdida de los derechos patrimoniales pecuniarios del condenado, ya que la confiscación era una sanción eminentemente penal. Ulteriormente, su aplicación universal presentó una prohibición por parte del emperador Justiniano y su uso se restringió a delitos contra el Estado.

La forma más habitual de confiscación de bienes en el Derecho penal romano fue la denominada “*publicatio bonorum*”, consistente en la apropiación de

todos los bienes pertenecientes a quienes habían sido condenados a la pena capital, la cual comprendía no sólo la pena de muerte, sino también la pena de exilio como sustitutiva de ésta. La *publicatio* era una consecuencia accesoria o necesaria, no una verdadera pena, de forma que no se hacía preciso dejar constancia de su imposición en la sentencia condenatoria. Posteriormente, y dada la desproporción de esta medida, que lógicamente afectaba asimismo a los herederos del inculpaado, se fue limitando, permitiéndose que el condenado y su familiar retuviesen una parte del patrimonio, para cubrir su desplazamiento al exilio, en su caso, así como su futura subsistencia. (Calderón, 2013).

Paralelamente, el origen de la extinción de dominio tiene su relación con pasajes bíblicos. Como lo sostiene el autor Blanco Cordero: “se ha considerado que constituye una ficción jurídica que se basa en la idea de que los bienes pueden ser responsables de un delito” (Cordero, 2012). En el Derecho anglosajón, los deodands, procedente del latín "deo dandum", que significa "que se dará a Dios", consistían en que el titular de bienes condenado, los ofrendará a Dios para purificar la ofensa cometida, lo cual tiene relación con una creencia religiosa expiatoria. Consistía en ofrecer a Dios un objeto o un animal (deodand) que habían intervenido en la causación de un mal a un ser humano, normalmente la muerte, ya que se creía que el objeto o animal era culpable de su propio comportamiento. Por ejemplo, en el Antiguo Testamento se sostiene que: “si un buey cornea a un hombre o a una mujer y le causa la muerte, el buey será apedreado, y no se comerá su carne, pero el dueño del buey será absuelto” (Éxodo, 21:28). Dichas leyes de los deodands, finalmente son abolidas en Inglaterra a mitad del siglo XIX.

Por otro lado, el Derecho anglosajón contaba con la pena denominada *attainder*, la misma consistía en la pérdida total de los bienes. Blackstone lo justificaba así: “aquel que ha violado los principios fundamentales del gobierno, y quebrado su parte del contrato original entre el rey y el pueblo, ha abandonado su conexión con la sociedad, y no posee más derecho a obtener ventajas de esa conexión, a las que tenía derecho únicamente como miembro de la comunidad: entre esas ventajas sociales, el

derecho de transferir y transmitir propiedad a otros es una de los principales”. (Jorge, 2008).

En algunos casos, cuando se ocasionaba delitos de alta traición, “el decomiso” era una de las consecuencias de la pena de “degradación cívica”, que implicaba, “la pérdida de todos los derechos civiles, incluyendo el de propiedad”. (Jorge, 2008). Lo que conlleva una muerte civil y política; entonces quien era condenado a la pena de la proscripción (attainder), tenía como consecuencia la confiscación de sus bienes.

Durante la Edad Media la confiscación fue utilizada por la realeza como persecución política con una finalidad lucrativa, afirma Cerezo Domínguez: *“En la Edad Media, la pena de confiscación de bienes no sólo mantuvo el protagonismo que alcanzó durante la época romana, al ser una de las penas que en mayor medida se utilizaron para reprimir los delitos de especial gravedad, sino que, además, se convirtió en un instrumento de extraordinaria importancia puesto al servicio de los monarcas a través del cual pretendían hacer valer su autoridad, proteger el orden que ellos mismos establecían y debilitar a sus adversarios políticos”* (Calderón, 2013).

Posteriormente, los abusos se fueron presentando por parte de la Corona; donde muchas veces cuando no eran encontrados los bienes, se debía entregar de forma proporcional a su valor. Los abusos de esta figura para aumentar las rentas fiscales de las monarquías no tardarían en proliferar, como tampoco las disputas con la nobleza sobre el destino de los bienes decomisados. Con la llegada de la modernidad aumentó la desconfianza hacia el decomiso como sanción penal. Los abusos de la confiscación ejecutiva y desproporcionada crearon en la ascendente burguesía el temor de que continuara siendo usado para producir masivas transferencias de propiedad. Por ello, una de las formas en las que se manifestó la protección de la propiedad privada que defendió el liberalismo del siglo XVIII, incluyó fuertes limitaciones al uso del derecho penal para estos fines. Las transferencias de propiedad de los particulares hacia el Estado quedaron restringidas a la expropiación basada en una ley que declarara su

utilidad pública y con la posibilidad de que un tribunal revisara la adecuación de la compensación establecida. Varias constituciones liberales siguieron este camino” (Jorge, 2008).

La confiscación recibió fuertes críticas en la Revolución Francesa y su prohibición se fundamentó en que la protección del derecho a la propiedad era superior al Estado; a partir de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, se generalizó su protección como un derecho fundamental.

En su artículo 17° se establecía: *"Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa"*. Asimismo, la abolición de la confiscación es parte de una larga tradición jurídica que se extendió a los textos constitucionales y ha sido acogida hasta la actualidad en los ordenamientos jurídicos modernos. Con el advenimiento de la ilustración se pidió generalizadamente su abolición y fue en 1812, donde, pese al freno de las opiniones de los tradicionalistas, la pena de confiscación general de bienes se desterró definitivamente del ordenamiento jurídico español, aunque en la práctica los jueces la habían dejado de aplicar bastante tiempo antes. Ninguno de los Códigos penales ulteriores promulgados da cobijo entre sus preceptos a esta sanción penal” (Calderón, 2013).

La confiscación consistente en la privación total de los bienes de una persona, ha estado presente en diversas latitudes. Se observa cómo en el siglo XX volvió a resurgir. El autor Manzanares Samaniego reconoce que: *“al ser abolida en la mayoría de los ordenamientos modernos, la confiscación volvió a ser utilizada a raíz de la Segunda Guerra Mundial para castigar la delincuencia más o menos política”* (Samaniego, 1983). La misma fue empleada también en la época de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), ha sido una herramienta jurídica y política en algunos países socialistas. En La Unión Soviética, bajo el Código de 1960 y también

en los Códigos de Checoslovaquia, Hungría, Rumania, Bulgaria y Yugoslavia” (Samaniego, 1983)

Ruiz Cabello es enfático al considerar que, en la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la confiscación era tratada como una pena accesoria a los bienes del condenado. En el artículo 20° del Código Penal de 1926 se contempla la medida, y en la parte final del artículo 23° se prescribe: *“La confiscación de bienes solo puede ser impuesta por los tribunales como medida accesoria de defensa social en los casos especialmente previstos en los artículos de este código”* (Cabello, 2011)

Por su parte, el artículo 60° del Código Penal de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas sostenía que: *“La confiscación puede ser de todos los bienes del delincuente o solo de una parte; la confiscación de una parte se impone a menudo como una pena adicional en los casos en los que se ha dado grandes fraudes al Estado”* (Ayala & Rivas, 2015).

De forma más reciente, se tiene manifestaciones en figuras similares en diversas partes del mundo, en los años 70's y 80's, como parte de la lucha contra el narcotráfico, aparecen normas como la “Ley de substancias controladas de Puerto Rico” y en los años 90 los asesinatos en manos de traficantes de droga, causaron una gran conmoción en Irlanda y motivaron que se emprendieran diversas acciones para luchar contra el crimen organizado, centradas en el empleo de la legislación tributaria. Por cuanto el parlamento irlandés adoptó medidas para privar a las organizaciones criminales de sus bienes, aprobando la Proceeds of Crime Act (1996) y la Criminal Assets Bureau Act (1996), que permitían el comiso de los bienes obtenidos del delito. Junto a ello, se estableció la Criminal Assets Bureau (CAB), el primer organismo de recuperación de activos creado en Europa. En los últimos años de la década de los 90 aparecen las leyes de extinción del dominio. (Rica, 2016)

A nivel latinoamericano, Colombia ha sido el precursor de la extinción de dominio. Por ello se hará un breve análisis de la evolución que ha tenido dicha figura

hasta la actualidad en el país sudamericano. Así tenemos que el derecho a la propiedad ha sido reconocido desde las primeras constituciones después de la independencia. En la constitución de 1886, la cual tuvo vigencia por más de un siglo, se daba protección a los derechos adquiridos con justo título y la única limitación admitida al derecho de propiedad por el Estado era expropiar por motivos de interés público.

En la Sentencia N°C-740-03, del 28 de agosto de 2003 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, se establece: *“que la Constitución reconoce los derechos adquiridos, y entre ellos el derecho de propiedad, y les brindaba protección al punto que no podían ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, concurriendo un reconocimiento expreso de los derechos adquiridos, un condicionamiento de éstos a la legitimidad de su momento originario, un mandato de no desconocimiento o vulneración, un mandato de prevalencia del interés público sobre el interés privado, y un mandato de plena indemnización en caso de expropiación”* (Corte Constitucional, 2003)

Hasta ese momento se conservaba la noción absoluta e individualista del derecho de propiedad que precede desde el Derecho romano; se sigue reconociendo el derecho de propiedad, pero se establece como límite constitucional la expropiación cuando sea por motivos de utilidad pública y con una indemnización justa. Además, parte de ese reconocimiento del derecho de propiedad privada se da bajo los términos que sean con una adquisición de justo título.

Posteriormente, con la introducción de la teoría del jurista León Duguit sobre la función social de la propiedad, en 1936, a través del artículo 10° del Acto Legislativo N°1 del 5 de agosto de 1936 se admitieron reformas sustanciales: En primer lugar, se hizo referencia expresa al derecho de propiedad privada, en segundo lugar, se incorporaron los motivos de interés social para hacerlos prevalecer sobre el interés privado, en tercer lugar, se estatuyó un mandato de acuerdo con el cual “La propiedad es una función social que implica obligaciones”, y en cuarto lugar, se facultó al legislador para ordenar, por razones de equidad, expropiación sin indemnización

previa. Estas modificaciones permitieron consolidar definitivamente en el constitucionalismo colombiano, las bases del Estado social afincado en la solidaridad, en la racionalización de las relaciones económicas, en el ejercicio de los derechos en función del contexto social en el que se reconocen y comprometido con la satisfacción de los requerimientos primarios de las personas **“De allí que constitucionalmente se afectara el núcleo del derecho subjetivo individual por excelencia, la propiedad, y que se lo hiciera desplazando el señorío arbitrario que se ejercía sobre los bienes por su funcionalización hacia las demandas sociales de generación de riqueza y bienestar social”**. (Acosta Aristizábale, 2015)

De este modo, “la función social de la propiedad orienta el derecho a la solidaridad en la generación de riqueza”. Es así como la ya mencionada función social de la propiedad fue teniendo mayor auge en la legislación colombiana, así tenemos la Ley 200/1936 o “Ley de Tierras”, a la cual se le considera el primer intento de reforma agraria, **en la cual se contempló la extinción de dominio por no explotación económica**. Tobar Torres sustenta que la misma se le conoce como “extinción de dominio agrario o de tierras incultas” (Torres, 2014). Cabe resaltar que la extinción de dominio agrario por varias décadas no fue utilizada por los gobiernos. Esta modalidad de extinción de dominio agrario, procede cuando el propietario adquiere legítimamente el derecho, pero no demuestra la obligación de explotación en el período determinado por la ley. El no aprovechamiento puede ser evidenciado por el abandono o por la falta de explotación del propietario; esto se sustenta en la carga impuesta de colaborar en la riqueza social, lo cual es un incumplimiento de la función social de la propiedad y mediante procedimiento administrativo era conocido por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural. Así también, la Ley 160/1994 se ocupa de la “extinción de dominio sobre los predios rurales” donde no se dé una explotación económica por un período de tres años continuos, o que su destinación sea cultivos ilícitos.

En 1991 el constituyente colombiano instituyó la acción de extinción de dominio en el artículo 34° de la carta magna, como una consecuencia de actos ilícitos, lo cual constituyó un cambio en el derecho de propiedad, en razón de la licitud del

título que da origen al derecho, así lo sustentó la sentencia C-740 de 2003: *“La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional (dignidad humana y democracia pluralista) sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general”*.

El precepto constitucional tuvo su desarrollo con la Ley 333/1996 del 23 de diciembre de 1996, que fue el primer intento legislativo para regular aspectos sustanciales y procesales de la figura de extinción de dominio. Sobre la finalidad de la referida ley, el ministro de Justicia de entonces, Carlos Eduardo Medellín Beccerra, expresó: *“Para contar con la posibilidad legal de perseguir eficazmente el lucro mal habido, se hacía indispensable: a) que las autoridades pudieran perseguir los bienes lícitamente adquiridos cuando fuere imposible localizar los obtenidos por medios ilícitos, recogiendo así el concepto de bienes equivalente, contenido en las convenciones internacionales; b) extinguir el dominio de los bienes sucedidos por causa de muerte, que terminaban legitimados al ser transmitidos al patrimonio de los herederos, y c) disponer de una acción real con la cual se le diera sustento a la aplicación retrospectiva del instrumento, de manera que su expedición no legalizara fortunas hechas sin arreglo a las leyes civiles y no consolidara situaciones jurídicas ilícitas existentes con anterioridad a su vigencia. Así mismo, la expedición de la ley constituye el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia desde la suscripción de la Convención de Viena de 1988 y la manifestación clara del interés del Estado y la sociedad toda por enfrentar de manera decidida a las organizaciones criminales”* (Jaramillo, 2014).

La Ley 333 de 1996 no dio los resultados prácticos esperados; por lo que posteriormente la Ley 793/2002 (modificada por la ley 1453/2011), derogó a su

predecesora, situación que se ve reflejada en lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia N°C-149-05: *“La ley 793 de 2002 estaba orientada a superar muchas de las dificultades advertidas en la aplicación de la ley 333 de 1996, pues dadas las deficiencias existentes, el legislador se vió obligado a introducir sustanciales modificaciones al régimen legal anterior. Antes de la expedición de esta ley, en el marco de la conmoción interior el Gobierno expidió el Decreto Legislativo 1975 de 2002, con el fin de reformar el régimen de extinción de dominio y hacerlo más eficaz, para dar un golpe a los grupos criminales que se expanden y consolidan gracias a los capitales que obtienen con sus delitos”* (Corte Constitucional, Sentencia C-149 , 2005).

Finalmente, con la Ley 1708/2014 se expidió el Código de Extinción de Dominio, el cual se encuentra vigente desde el 20 de julio de 2014, cuyo fin es regular la investigación y el proceso de extinción de dominio. El referido código recopila la evolución legislativa que tuvo la extinción de dominio y la jurisprudencia desarrollada. Esta ley recoge la normativa anterior y toda la experiencia colombiana en la persecución de los bienes asociados a las actividades ilícitas y la lucha contra las organizaciones criminales.

1.2.- CONCEPTO. –

La extinción de dominio es una figura novedosa que va más allá del decomiso penal, la cual se incorpora, partiendo de la base que los bienes adquiridos de manera ilícita continúan siendo ilícitos de manera indefinida sin que el transcurrir del tiempo ni su traspaso a cualquier título puedan eliminar esta característica. Así las cosas, el estado puede, en cualquier tiempo, iniciar las acciones pertinentes para extinguir el dominio sobre tales bienes, teniendo como única limitante los derechos de los terceros de buena fe, actuando de forma retrospectiva al Derecho Penal. (Quintero, 2014). En la mayoría de los países que tienen regulada la extinción de dominio, se sostiene que esta busca el combate contra la corrupción y la criminalidad organizada, en su aspecto económico para debilitarlas y no se reproduzca.

Fondevila y Mejía Vargas la consideran como: *“Una acción de secuestro y confiscación de bienes que procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos”* (Vargas, 2010).

Como ya se ha señalado, es Colombia el pionero en la construcción y regulación de este instituto, por lo cual es necesario recurrir a los doctrinarios nacionales a fin de clarificar los componentes que rodean el concepto que se ha gestado.

Es así que, para JAIRO IGNACIO ACOSTA ARISTIZÁBAL, *“la extinción de dominio es un instrumento de estirpe constitucional dirigido contra el patrimonio adquirido de manera ilícita, implica la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular, además de ser una acción de carácter autónoma”*. (Aristizábal)

Para MARIO IGUARÁN ARANA Y WILLIAM DE JESÚS SOTO ANGARITA, *“la extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, y que previo juicio independiente del proceso penal se desvirtúa mediante sentencia a quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio es contrario al orden jurídico o a la moral colectiva”*; precisan también que, *“se extingue la propiedad que se aleja de la protección otorgada por el artículo 58° de la Carta Política”*. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial, pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna. (Betancur, 2018)

RICARDO RIVERA ARDILA, señala que *“la extinción de dominio, consiste en la pérdida a favor del Estado de los derechos patrimoniales principales o accesorios, sobre bienes de origen o destinación ilícita, sin contraprestación ni compensación alguna para su titular”*. (Ardilla, 2017)

JULIO OSPINO GUTIÉRREZ, concibe la extinción de dominio como *“una consecuencia patrimonial tras la acreditación de los presupuestos fácticos que le son propios, a partir del artículo 34° de la Constitución Política, y que mediante una sentencia declarativa se pone freno al desquiciamiento del accionar ilícito”*. (Gutierrez, 2008)

MOISÉS SABOGAL QUINTERO, en similar sentido, manifiesta que la extinción de dominio *“es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere dicha Ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”*. Plantea dos categorías conductuales para la procedencia de la extinción de dominio, esto es, *“la actividad ilícita o aquellas conductas que deterioran gravemente la moral social”*, de acuerdo a los preceptos 34° y 58° de la Carta Mayor Colombiana. (Quintero, 2014)

El profesor FABIO ESPITIA GARZÓN manifiesta que la extinción del dominio no ha sido una institución ajena a la tradición jurídica internacional y nacional, enseña que *“esta figura refiere a efectos provenientes del delito y que no resulta ser una consecuencia penal de la conducta, sino que es una prospección jurídica de un acto no apto para producir efectos jurídicos o anular los existentes”*. Expone además que *“la extinción de dominio es una consecuencia autónoma”*. (Garzón, 2015)

Para SANTIAGO VAZQUES BENTANCUR, *“la extinción del derecho de dominio se ciñe a un poder estatal autónomo consagrado en el canon 34° de la Carta Magna y por lo tanto no es un efecto o consecuencia del delito, pues este instituto tiene una naturaleza sancionatoria propia y que el Estado realiza un reproche jurídico en punto del ejercicio de los derechos subjetivos patrimoniales por origen o destinación ilícita”*. (Betancur, 2018)

CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA Y PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA manifiestan que *“la extinción de dominio es un instrumento eficaz para limitar los beneficios y productos provenientes de actividades ilícitas, expresan también que, es una acción autónoma de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial”*. (Barboza, 2010).

Además de los conceptos doctrinales esgrimidos es preciso señalar que el nuevo Código de Extinción de Dominio de la República de Colombia la consagra como: *“Una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado”* (Colombia, 2014).

La “Ley Nacional de Extinción de Dominio” Mexicana, la puntualiza de la siguiente manera: *“es la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los Bienes a que se refiere la presente Ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario o para quien se ostente o comporte como tal, ni para quien, por cualquier circunstancia, posea o detente los citados Bienes”*.

En el Perú, el Decreto Legislativo N°1373 la define como: *“Consecuencia jurídico patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros”*.

Para, TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS, *“la extinción de dominio, es la acción autónoma, de carácter real y contenido patrimonial establecida por la ley para privar a los agentes o eventuales terceros (personas naturales o jurídicas) del producto del delito o patrimonio criminal”*; esto es de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, así como de los demás bienes que puedan

ser materia de decomiso. Es “*autónoma*” porque “es independiente de cualquier acción penal orientada a imputar responsabilidad penal, o de cualquier acción civil resarcitoria o de otra índole contra los titulares de los bienes o activos afectados”. Es de carácter “*real*” porque “si bien se dirige contra las personas, busca privarlas de los bienes, activos o derechos reales independientemente de quien los posea o detente (el objeto no son las personas)”; esto es, en el proceso de extinción de dominio no se debate sobre la inocencia o la culpabilidad de las personas, sino sobre el origen o destino de los bienes. Es de contenido “*patrimonial*” porque “está dirigida contra los bienes o activos que supuestamente integran el patrimonio del agente del delito, y porque a través de esta acción se declaran los derechos patrimoniales del Estado sobre los bienes o activos materia de la acción”. (Villegas, 2019)

De las anteriores definiciones se determinan varios elementos similares tales como:

- ✓ La pérdida de los derechos sobre los bienes.
- ✓ La acción es en favor del Estado, quien, en representación de la sociedad, recibe los bienes que sean objeto de dicha figura.
- ✓ El afectado no recibe ningún tipo de contraprestación ni compensación.

1.3.- NATURALEZA JURÍDICA. –

La extinción de dominio no es tan solo una simple acción, sino que es, en el fondo, el mismo instituto del decomiso penal visto desde una perspectiva *in rem*, que se investiga y reconoce a través de un procedimiento no penal. Al igual que el decomiso, se contempla como “una consecuencia jurídica de carácter patrimonial derivada de una actividad ilícita”; en este sentido, la Ley Modelo de Extinción de Dominio la define como “*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*”.

Con relación a su naturaleza jurídica, se debe precisar que, “ al igual como sucede con las distintas circunstancias de decomiso penal, resulta imposible catalogar la extinción de dominio bajo la perspectiva de una determinada categoría jurídica, pues esta figura se nutre de distintos principios y normas de disímiles fuentes”; lo que ha permitido generar diferentes discusiones frente a su posible naturaleza jurídica, la cual suele ser discutida desde distintos puntos de vista: constitucional, penal, civil o administrativo. Por ello, en los distintos países donde se ha adoptado la figura, aún no existe un consenso sobre este aspecto.

Sin embargo, como quiera que la amplitud y complejidad de estos debates desbordan el objeto del presente estudio, resulta útil, reconocer los avances que sobre el particular ha alcanzado la Corte Constitucional colombiana, que se ocupó por realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio desde una perspectiva procesal, reconociendo en ella una “*acción de naturaleza constitucional*”. Sobre el particular, dicho tribunal puntualizó en la sentencia C-740 de 2003, lo siguiente: “*El constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones*

que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa. En virtud de esa decisión, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad. Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático”.

Se debe aclarar que la naturaleza constitucional de la figura no depende solo por su mención expresa en la Constitución Política, pues tan solo México, Colombia y República Dominicana, cumplirían con tal requisito. Lo que realmente permite predicar la “naturaleza constitucional” de la “extinción de dominio”, son sus fundamentos de legitimación que deben ser acordes con los fines del Estado, los cuales se sustentan en “principios, reglas y valores ético sociales de orden constitucional, como el valor del trabajo y la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza; el derecho a la propiedad adquirida con respeto del orden jurídico y ejercido dentro del marco del interés o función social, entre otras máximas constitucionales que permiten trascender el plano del delito para penetrar en los aspectos sustanciales relacionados con la adquisición y ejercicio del derecho a la propiedad privada”.

Cabe precisar que a pesar que existe cierta homogeneidad con relación a los principios y valores ético sociales que se toman de referencia para valorar el alcance y los límites de derecho a la propiedad privada, cada sociedad determina los parámetros mínimos de referencia para tal efecto.

En la “extinción de dominio”, a diferencia del “decomiso penal”, la conducta delictiva no constituye su principal fundamento, pues el delito tan solo se valora desde la perspectiva objetiva y general de una actividad ilícita, la cual es

considerada como uno de los elementos estructurales de las causales o presupuestos de extinción de dominio, pero nunca como su eje principal. Como se mencionó anteriormente, “la extinción de dominio se adscribe a otras fuentes jurídicas, prevalentemente de orden constitucional, pues parte del reconocimiento de los límites inmanentes del derecho a la propiedad privada, dentro del marco de respeto de los principios y valores ético sociales”.

En este sentido, se puede afirmar que la principal base sobre la cual se construye la fundamentación y legitimación de la “extinción de dominio”, es la consideración del derecho a la propiedad desde su perspectiva constitucional; es decir, aquella adquirida y ejercida con plena observancia y respeto de los principios y valores ético sociales. Esta orientación constitucional se refleja, por ejemplo, en el preámbulo de la “Ley Modelo de Extinción de Dominio” que señala como punto de partida, una concepción filosófica del derecho a la propiedad, al indicar que *“La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas.”*

De ahí que, en materia de extinción de dominio no se exige una condena previa, o una imputación penal por una conducta delictiva en particular, pues estos son aspectos de segundo orden. Lo que realmente resulta relevante, es “determinar si los derechos sobre el bien son merecedores de protección constitucional, lo cual se logra, en primer lugar, a través de la comprobación de la validez del acto jurídico mediante el cual se adquiere el dominio, es decir, que el derecho sea producto de un acto jurídico lícito, pues el delito no puede ser fuente de derechos; y, en segundo lugar, que el ejercicio del derecho a la propiedad se realice con plena observancia de las obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social que es inherente al derecho a la propiedad privada, es decir, que en el ejercicio de la facultad dispositiva que tiene un

ciudadano respecto a sus bienes, la utilización o destinación de los mismo, se debe realizar con total respeto de los derechos y bienes jurídicos ajenos”.

En otras palabras, la extinción de dominio parte de las exigencias que tiene la constitución y la ley para el reconocimiento de la garantía de protección al derecho a la propiedad privada, razón por la cual, ***“el Estado solo estará obligado a garantizar dicho derecho, en aquellos casos donde la propiedad sobre un bien se ha adquirido lícitamente”***, a través de un justo título, pues de lo contrario, el derecho a la propiedad no logra consolidarse, pues estaría afectado por una nulidad ad initio. Además, también ***“será objeto de protección constitucional, aquellos bienes cuyo uso, goce, disfrute, usufructo y disposición se ha realizado dentro del marco del respeto de las obligaciones que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada”***.

Por esta razón, todo aquel que adquiere un bien a través de conductas que atentan en contra de la sociedad, lesionando bienes jurídicos, no es digno del reconocimiento de la validez de su derecho, ni merecedor de protección constitucional o legal alguna. De la misma forma, toda propiedad que ha sido adquirida conforme a la ley, pero que es utilizada o destinada por su titular para atentar contra la sociedad o lesionar bienes jurídicos, pierde la protección estatal y acarrea la consecuencia de la pérdida del respectivo derecho, el cual se constituye a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

2.- NORMATIVA INTERNACIONAL RELACIONADA CON LA EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS.

La política criminal internacional en materia de finanzas ilícitas se revela a través de los múltiples instrumentos que tienen como propósito fundamental combatir la ilicitud patrimonial del crimen organizado de manera transversal y transnacional, estrategia intensificada en los últimos años, en razón a que los grupos delictivos organizados vienen utilizando un cúmulo de herramientas financieras y no financieras, introduciendo recursos ilegales a la economía formal atravesando las

fronteras de los países y convirtiéndose en un fenómeno transnacional. (Vásquez Betancur, 2018)

Es así como la implementación del subsistema de extinción de dominio en el Perú, en el marco de la vigencia del Decreto Legislativo N°1373 y su Reglamento, se establece como respuesta a la gran transformación que experimenta la criminalidad organizada en el mundo, que socava las bases, principios y valores de un sistema democrático, y que introduce la idea de que el delito es verdaderamente rentable; y en esa ruta, el estado peruano, atendiendo a los compromisos internacionales asumidos como: Las Convenciones de las Naciones Unidas de Viena (1988), Palermo (2000), Mérida (2003), la Convención de la Unión Europea de Estrasburgo (1990), ha adoptado con decisión, poner en marcha este mecanismo de lucha contra estos flagelos.

En materia internacional, se han introducido una serie de normas que apoyan y habilitan la extinción de derechos patrimoniales, los cuales nos permiten observar la necesidad existente en el mundo globalizado de proceder con el “decomiso” de los bienes ilegítimos, las ganancias o rendimientos económicos que estos generen, se incluye también como escenario de decomiso aquellos derechos patrimoniales mezclados con fuentes de lícita procedencia, lo cual es materia de la presente investigación, adentrándonos de esta manera al cuestionamiento planteado en este proyecto, dado que nuestra legislación ha dejado de lado lo que la normativa de Naciones Unidas prevé en estos casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos, que es la incautación únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado.

En tal sentido, “los instrumentos internacionales invitan a los Estados parte a fortalecer y/o crear institutos jurídicos que permitan recuperar los activos de la criminalidad, pero también subrayan que apostar por un camino u otro dependerá de lo que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno”.

2.1.- CONVENCIÓN CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (VIENA 1988).

Esta convención tiene como eje temático, el narcotráfico y la tipificación de una gran cantidad de acciones relacionadas, asimismo cuenta con dos partes que se relacionan con la extinción de dominio, la primera es la cooperación internacional y la segunda es el decomiso de los bienes relacionados con los delitos. Este instrumento internacional forma parte de otros, que instan a los Estados a realizar decomisos de los bienes relacionados con el delito y a usar estos a favor de la administración de justicia.

Puntualmente, en su artículo 1° literal f), define al decomiso como: “la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”. En su artículo 5° establece que “se debe autorizar el decomiso de: i) del producto del narcotráfico y conexos, ii) el decomiso por bienes de valor equivalente a ese producto y, iii) el decomiso de bienes que sean medios o instrumentos del delito”.

Esta convención es sin lugar a dudas un documento internacional que avanza en gran manera sobre los objetos pasibles de extinción de dominio que se tienen hoy en nuestra legislación. En suma, además del tradicional decomiso penal o directo sobre objetos, instrumentos y productos del delito, la convención contiene una amplia regulación del decomiso sobre valor equivalente, decomiso de bienes transformados y de los bienes mezclados con bienes ilícitos sobre el cual en su artículo 6° inciso b) precisa: “*Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado*”. (Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988). Tipos de decomiso que se encuentran relacionados con el decomiso directo o penal, resultando necesario conectar estos

bienes de manera directa o indirecta con la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. No obstante, el artículo 5° introduce una regla probatoria respecto a la inversión de la carga de la prueba, condicionada a las garantías constitucionales y procesales de cada sistema jurídico. (Rosas Castañeda , 2019)

2.2.- CONVENIO EUROPEO SOBRE BLANQUEO, DETECCIÓN, EMBARGO Y CONFISCACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE UN DELITO (ESTRASBURGO DE 1990). -

El Convenio de Estrasburgo incide con especial intensidad en el decomiso de bienes procedentes del blanqueo de capitales, desde el convencimiento de que es ésta la mejor forma de neutralizar el avance de las organizaciones criminales internacionales. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015). En su preámbulo se señala que: *“Los Estados Miembros del Consejo de Europa y el resto de los Estados firmantes del presente; convencidos de la necesidad de perseguir una política criminal común, encaminada a la protección de la sociedad. Considerando que la lucha contra los delitos graves, que se ha convertido progresivamente en un problema internacional, exige el uso de métodos modernos y efectivos a escala internacional. Creyendo que uno de dichos métodos es el privar a los delincuentes de los productos del delito...”*

Esta convención llama poderosamente la atención, por cuanto propone una lucha permanente contra conductas que se derivan en ventajas de carácter económico procedentes de la comisión de delitos subyacentes al lavado de activos; se llegó al convencimiento y conclusión de que “la mejor forma de neutralizar las organizaciones criminales era aplicando el decomiso a los bienes ilícitos”.

Esta Convención denomina al decomiso de bienes como confiscación, a la que define en el artículo 1°, inciso d) como *una pena o medida, ordenada por un tribunal tras un procedimiento judicial relacionado con un delito o delitos, que finaliza*

con la privación de la propiedad; asimismo en el Artículo 2° inciso 1 señala: “Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para permitir la confiscación de los instrumentos y productos de un delito, o de las propiedades cuyo valor corresponda a dichos productos”.

2.3.- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (PALERMO 2000).

De los instrumentos jurídicos internacionales, la Convención de Palermo es de las más difundidas y aceptadas; esto en parte por su carácter general que está orientado a delimitar el actuar de las organizaciones criminales transnacionales; en efecto llama en especial a los Estados a que amplíen la tipificación de los delitos contenidos en formas fraudulentas de conseguir dinero y consolida que los bienes tienen que ser perseguidos de cualquier modo, para detectar las organizaciones de poder y que no se filtre ningún dinero, en especial por el narcotráfico y el terrorismo. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015). El Perú ratificó esta convención y los distintos protocolos, teniendo que modificar y crear una serie de normas jurídicas, dentro de ella la Extinción de Dominio. Pese a lo anterior, el tema de la incautación de bienes no está del todo acorde a lo que establece la convención; lo que se abordará a continuación.

Es importante señalar, que la convención precisa en su artículo 2°, inciso g), que se entenderá por “decomiso” la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente; Esta convención establece una cantidad de supuestos para que se dé el decomiso de bienes, específicamente en el artículo 12° establece: “ Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos

comprendidos en la presente Convención”. Hasta este punto se están manteniendo las potestades del Estado dentro de las características usuales que tiene el decomiso. Posteriormente en el inciso cuatro del artículo 12° se precisa: *“Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado”*

Esta convención, en el artículo 12° párrafo 7) introduce la figura del decomiso ampliado, facultando al Estado para exigir al ciudadano que demuestre la licitud de los bienes, generándose una inversión de la carga de la prueba, figura que no está contemplada en el proceso penal peruano, pero que si es una característica fundamental de la figura de extinción de dominio. Así, el inciso siete expone lo siguiente: *“Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas”*. Se plantea en el párrafo 8 que estas disposiciones respetan los derechos del tercero de buena fe.

2.4.- CONVENCIÓN CONTRA LA CORRUPCIÓN (MÉRIDA 2003).

La comunidad internacional reiteró en la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que los problemas y las amenazas que plantea la corrupción representan una preocupación para la estabilidad y seguridad de las sociedades, dado sus vínculos con otras formas de delincuencia, incluido el blanqueo de dinero proveniente de los activos obtenidos de tal actuación. Así, en el artículo 53° de la referida convención se reitera la necesidad de crear un mecanismo legal que permita la recuperación directa, cuya característica sea la de ser una acción civil, en tanto fuera dirigida contra bienes, con objeto de determinar la titularidad o

propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado en la Convención, cuya discusión y determinación corresponda al órgano jurisdiccional.

Por su parte, en el artículo 54° reconoce nuevamente la necesidad de aplicar el decomiso para fines de recuperación, 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; por lo que se pone en evidencia la autonomía de esta acción civil frente a cualquier otra acción derivada del combate de estas actividades ilícitas.

En su artículo 31° contempló lo dicho en la Convención de Palermo sobre la aplicación del decomiso de bienes, sin embargo, amplió la visión de atención a la conducta delictiva de la corrupción. Asimismo, en el inciso 5°, precisa: *“Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación”*.

El decomiso del producto es la pieza central del régimen del decomiso contenido en la Convención de Mérida, así como también que se faculta a los estados a considerar la posibilidad de exigir al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito, en la medida que sea conforme con los principios fundamentales del derecho interno. Así también se consagra el denominado decomiso civil o sin condena, cuando por alguna circunstancia excepcional no ha sido posible determinar la responsabilidad penal del titular de los bienes.

2.5.- RECOMENDACIÓN N°4 DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un ente intergubernamental establecido en 1989 por los Ministerios y sus jurisdicciones Miembro, cuyo mandato es fijar estándares y promover la implementación efectiva de

medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes involucradas a nivel internacional, el Grupo de Acción Financiera Internacional también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos.

Las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales, así como diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todas medidas idénticas contra estas amenazas. Por lo tanto, estas recomendaciones, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares.

Las 40 Recomendaciones originales del año 1990 fueron una iniciativa para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de personas que lavaban el dinero del tráfico ilícito de drogas. En 1996, se revisaron por primera vez para reflejar las tendencias y técnicas cambiantes de lavado de activos y para ampliar su campo más allá del lavado de activos proveniente de las drogas. En octubre de 2001, expandió su mandato e incluyó el financiamiento de actos y organizaciones terroristas y creó las importantes ocho (luego ampliadas a nueve) recomendaciones especiales sobre el financiamiento del terrorismo. En 2003, las recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y junto con las recomendaciones especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Dentro de las cuales tenemos LA RECOMENDACIÓN N°4, que respecto al Decomiso y medidas previsionales, establece: *“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 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”.

“(…) 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”.

Atendiendo a estos tratados internacionales, nuestro ordenamientos jurídico, viene adoptando medidas legislativas de penalización así como medidas respecto a la recuperación de los activos, específicamente en cuanto al decomiso, ampliando su campo de aplicación y desvinculándolo del proceso penal para mayor efectividad, adoptando la propuesta del “Decomiso sin condena”, lo que equivale a la institución jurídica creada en Latinoamérica específicamente en Colombia conocida como “Extinción de Dominio”, la cual recoge las medidas señaladas en los diferentes tratados; sin embargo, nuestra Ley de extinción de dominio, promulgada por el Decreto Legislativo N°1373, en el inciso c) de su artículo 7.1, no recoge lo señalado por las convenciones respecto a los bienes mezclados, pues enfatiza que procede el proceso de extinción de dominio contra los bienes de procedencia lícita que se mezclen con bienes de origen ilícito, sin establecer como límite el valor del bien ilícito mezclado, pese al compromiso de legislar en esta materia de acuerdo a las recomendaciones de las referidas convenciones para combatir los incrementos de capitales de origen ilícito.

Evidenciándose que en el Perú, respecto a los bienes mezclados se ha hecho una copia del código de extinción de dominio colombiano, sin tener en cuenta, que respecto a ello Colombia ha ido más allá de los compromisos internacionales y propugnó por la creación de una figura de naturaleza constitucional y en un punto comparativo con el desarrollo legal de los referentes internacionales estudiados, la extinción de dominio colombiana acarreo una ampliación de modalidades factuales de procedencia, pues incluso ante la causas de mezcla se concibió fenecer la totalidad del nuevo derecho patrimonial creado y no únicamente el porcentaje mezclado; situación que Perú ha imitado, sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico, esta figura no tiene el orden constitucional ni el tratamiento que durante todo este tiempo le ha dado Colombia a fin de limpiar cualquier tamiz de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que la realidad colombiana al adoptar esta medida, se dio para afrontar su gran lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, que sin duda desbordo el poder punitivo del estado.

3.- LA EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1.-COLOMBIA

La extinción del derecho de dominio en Colombia se ejerce a través de “una acción estatal consagrada en el artículo 34° de la constitución política, la cual legalmente se encuentra dotada de autonomía e independencia adjetiva y sustantiva respecto de otro tipo de responsabilidad (penal, civil, administrativa, etc.)”.

Respecto a los bienes mezclados el Código de Extinción de Dominio Colombiano en su artículo 16° inciso 9) establece: “*se declarará extinguido el dominio sobre los bienes de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de lícita procedencia*”. Se advierte que la legislación colombiana regula la causal de procedencia de extinción de dominio respecto de los bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de origen ilícitos, sin establecer como límite el valor del bien

ilícito mezclado como los señalan las convenciones internacionales. Se debe tener en cuenta que Colombia ha ido más allá de los compromisos internacionales, ampliando la gama de actividades delictivas e ilícitas y propugnó la creación de una figura de naturaleza constitucional autónoma e independiente de la responsabilidad penal creando “La extinción de dominio”, con la cual amplió una serie de modalidades factuales de procedencia, concibiendo en caso de mezcla de bienes lícitos con ilícitos fenecer la totalidad del derecho patrimonial creado y no únicamente el porcentaje mezclado; sin embargo, a diferencia del caso peruano, se ampara en marco constitucional distinto, dado que esta acción se encuentra prevista por la Constitución; limpiando cualquier vicio o cuestionamiento a su constitucionalidad.

Es en 1991 el Constituyente, llevó este instituto a un nivel supra legal y le dio el carácter de público y prevalente frente a otros institutos de la propiedad. Es así como la Acción de Extinción de Dominio, tiene su origen constitucional; pues se fundamenta en el artículo 34° de la Constitución colombiana, que dice: “*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*”.

En tal sentido esta acción se encuentra asistida por un legítimo interés público y está supeditada a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente en el artículo 34° de la Carta Magna, esto es, debe precisarse bien sea el enriquecimiento ilícito, el perjuicio al tesoro público o el grave deterioro de la moral social; postulados que se encuentran taxativamente desarrollados en la ley extintiva de dominio a través de las causales del artículo 16° de la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio).

Ahora bien, la extinción del derecho de dominio, “es un instituto jurídico de carácter constitucional que obedece a una política criminal ampliada en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada y que su referente único es el

patrimonio ilícito”. Para Santiago Vásquez Betancur, “la extinción de dominio no se deriva del *ius puniendi* sino del poder extintivo del Estado, por ello, su autonomía e independencia de la responsabilidad penal”. (Vásquez Betancur, 2018). Este instituto está dotado de tres fundamentos constitucionales expresados en el artículo 34° de la Carta Política y de estos, se desarrollan sus dos causales fundantes en la legislación y por extensión legal que permite la aplicación del instituto vía el artículo 58° de la Constitución, el primero de ellos hace referencia al origen de los bienes y el segundo al uso de los mismos.

Es claro que el Estado no puede legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto. La protección no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictiva y asimismo a través del artículo 58° de la Constitución procede la “extinción de dominio” cuando siendo la propiedad lícita, esta deja de cumplir con su función social y ecológica. En palabras de la Corte Constitucional, “La Carta Política consagra el derecho a la propiedad adquirida de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensas a los particulares ni al Estado, y advierte al mismo tiempo, que es una función social que implica obligaciones.”. (Rivera Ardilla , 2017).

Es así, como Colombia otorga fundamento constitucional a la Extinción de Dominio, siendo el acto objeto de atribución jurídica el origen o destinación ilícita de la propiedad, amparándose la causal respecto a bienes mezclados, en el artículo 58° de la Constitución, que demanda el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad. En tal sentido, el uso ilegal es lo que conduce a la extinción de dominio, el legislador incluyó, como bienes que no pueden ser objeto de protección constitucional, aquellos patrimonios que, siendo lícitos, sirven para ocultar bienes de ilícita procedencia.

La finalidad de esta causal no es solo combatir los mecanismos que permiten eludir la acción extintiva, cuando se mezclan patrimonios lícitos con ilícitos. Se castiga también el uso anormal de la propiedad cuando esta deja de servir al bien

común, como lo sería, por ejemplo, la preservación del medio ambiente y, por el contrario, se pone al servicio de bienes que se han obtenido de manera ilícita con el fin de ocultarlos, con lo cual abre espacio a la extinción de dominio. (Rivera Ardilla , 2017)

En sentencia C-1007 de 2002, la Corte Constitucional, señaló: *“Quién de manera lícita ha accedido al dominio de unos bienes, pero no los destina a la generación de riqueza nacional, ni a la preservación del medio ambiente; sino a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, incumple la función impuesta por el constituyente a la propiedad e incurre en un comportamiento que puede dar lugar a la extinción de dominio”*. Así las cosas, Colombia cuenta con un instituto constitucional propio, poseedor de autonomía e independencia frente a cualquier tipología de responsabilidad, y está dirigido a erradicar toda ilegitimidad de derechos subjetivos de contenido económico que en su origen o destinación viciaron el título de legalidad que ostentaban.

3.2.- MÉXICO

La extinción de dominio en México tiene su fundamento en el artículo 22° de su Constitución Política que señala: *“Quedan prohibidas las penas de muerte, la confiscación de bienes. No se considerará confiscación (...) el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la 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. 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 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.

El contenido del artículo 22° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación de determinar el procedimiento de la extinción de dominio mediante ley reglamentaria, es por ello que el 29 de mayo del 2009, se publicó la “Ley Federal de Extinción de Dominio”, y el 09 de agosto del 2019 la Ley Nacional de Extinción de Dominio. En la cual se le define como: *“la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes a que se refiere la presente ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su propietario o para quien se ostente o comporte como tal, ni para quien, por cualquier circunstancia, posea o detente los citados bienes”*.

Asimismo, el artículo 7°, establece que procederá sobre aquellos bienes de carácter patrimonial cuya legítima procedencia no pueda acreditarse, en particular, bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, sin perjuicio del lugar de su realización, estableciendo en el inciso 2) que procede respecto a *“bienes de procedencia lícita utilizados para ocultar otros bienes de origen ilícito, o mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia”*.

Con la consagración de la extinción de dominio en la constitución política se incorporó una especie de decomiso in rem, una privación de bienes con carácter definitivo, declarada mediante sentencia judicial, vinculada con la persecución de delitos expresamente mencionados. Entendiéndose por “extinción de dominio”, a la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes que se hayan obtenido de manera ilícita o bienes lícitos que hayan sido destinados para actividades ilícitas, es por ello que no solo aplica para los imputados sino también para terceros quienes pueden estar implicados, ya que con esta figura el Estado se basa en razones de interés público, es decir, lo que busca es el poder impedir que la propiedad tenga un origen o un uso ilícito.

Debemos recordar que el artículo 22° previamente establecía la prohibición de la confiscación determinando la naturaleza de esta figura en forma de excepción, al instituir que no tendría el carácter de confiscación “la aplicación a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia”. (Creel, 2009), el referido artículo establece un procedimiento judicial independiente, distinto al que se siga contra los inculpados de delitos de delincuencia organizada, en donde el que se juzgue es, si el bien fue objeto, instrumento o producto de la delincuencia organizada y, si ello es así, se proceda a la aplicación de dichos bienes en favor del Estado.

De acuerdo a la exposición de motivos, la norma se sustenta en el crecimiento y capacidad operativa de la delincuencia organizada y a la incapacidad del Estado para combatirla, por lo que es necesario establecer instrumentos que permitan combatir efectivamente dicha delincuencia, dada la ineficiencia de los instrumentos jurídicos con los que se cuenta en el combate al aspecto económico de la delincuencia organizada.

La causal de extinción de la propiedad de bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos se basa en la destinación ilícita que se da a la propiedad lícitamente adquirida, fundamentada en su reconocimiento constitucional, pues la Constitución mexicana instituye la extinción de dominio como una excepción a la prohibición de confiscación, limpiando con ello cualquier vicio de constitucionalidad, sin duda un enfoque funcionalista que atiende a la búsqueda de instrumentos útiles, pero sin preocuparse por establecer una propuesta desde un punto de vista jurídico.

Como se ha podido evidenciar, Colombia y México, son dos estados que han ampliado sus causales de procedencia e instituido la Extinción de Dominio como una lucha frontal contra los patrimonios adquiridos por la delincuencia organizada, sobre todo frente al narcotráfico que los viene flagelando desde muchos años y a veces parece ganarle al Estado; por ello a pesar de aspectos jurídicamente controversiales como la extinción de la propiedad de bienes lícitos que han sido mezclados con bienes

ilícitos en contravención a lo señalado en la normativa internacional, estos países han legitimado esta acción a través del reconocimiento constitucional de dicha institución, así como en la evolución legislativa en la materia, adecuando la institución a su ordenamiento jurídico.

3.3.- EL SALVADOR

Mención aparte merece la implementación de la ley de extinción de dominio en El Salvador, pues al igual que en el Perú, esta institución jurídica no ha sido elevada a rango constitucional.

La aprobación de la “Ley de Extinción de dominio”, obedece en gran medida, en que a pesar del incesante proceso de reformas legislativas tendientes al combate efectivo de la criminalidad organizada transnacional y a la corrupción administrativa, el *ius puniendi* no ha sido suficiente para el cometido estatal; lo que obligó a reflexionar que la fuerza de las estructuras organizadas radica en gran medida en la capacidad adquisitiva que poseen. Por lo que la misma comunidad internacional se vio en la necesidad de establecer parámetros que de forma vinculante comprometan a los Estados a adoptar una acción de carácter civil, con independencia del ordenamiento jurídico penal, tendiente a procurar el decomiso de bienes que fueran producto directo o indirecto de los delitos de crimen organizado, que lograra la recuperación de bienes obtenidos de actos de corrupción, sobre aquellos que se utilizaran como instrumentos del delito; y en caso de imposibilidad física o jurídica para lograrlo, la posibilidad de decomisar bienes equivalentes. (Revelo, 2019)

En tal sentido, El Salvador se sumó a esa lucha, con la aprobación del “Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita” a través del Decreto Legislativo N°534 del 7 de noviembre de 2013, dirigida a atacar la capacidad económica derivadas de sendos flagelos. De los considerandos de la Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita se identifican sus

fundamentos esenciales, que pueden resumirse de la siguiente manera: a) La protección y el reconocimiento de la propiedad privada está sujeto a la adquisición del dominio sobre bienes, conforme a los parámetros de constitucionalidad y legalidad y b) El reconocimiento del deber de protección de la propiedad privada está limitado al cumplimiento de la función social de la propiedad.

La sentencia de inconstitucionalidad 146/2014 emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, sostiene que la “Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita” pretende restituir el orden constitucionalmente establecido para adquirir bienes o generar un patrimonio propio o hacer uso del mismo, acorde a la función social impuesta a la propiedad, por lo que valida la definición contenida en el artículo 8° al citar que se trata de una acción real promovida por el Fiscal General de la República, de la que se deriva una consecuencia jurídica de carácter patrimonial sobre bienes de interés económico que tenga un origen ilícito o pese a que no se cuestione su ilicitud de origen, se destina para la realización de actividades ilícitas.

En ese contexto, el desarrollo histórico constitucional pone en evidencia que desde la Constitución de la República de El Salvador de 1824 se reconoció el derecho a la propiedad y como consecuencia, el deber de protección en el ejercicio de su uso, goce y disposición, conforme la visión romana; sin embargo, dentro de este marco normativo primario se consideraron limitaciones, entre ellas: El peligro a la Patria, (Constitución de 1824), por razones de interés público (Constitución de 1841), por generar daños a terceros (Constitución de 1864, 1871, 1872, 1883), por razones de utilidad pública (Constitución 1939) o en atención a la función social que debía cumplir (Constitución 1950, 1962, 1983), no obstante tratándose de razones de utilidad pública o interés social debe obrar una justa indemnización. (Aldana Revelo M. G., 2019)

La constitución política de 1983, señala en el artículo 103° “*se reconoce y garantiza el derecho de propiedad privada en función social*”. Que implica que los

bienes no pueden utilizarse para generar un perjuicio indebido a la sociedad, de tal manera que al ser utilizados no afectan derechos de terceras personas, o dañen la seguridad ciudadana, la salud pública, la institucionalidad estatal, entre otros ejes esenciales, pues de hacerlo se estaría incumpliendo la función social y con ello se habilita que el legislador disponga las consecuencias jurídicas de tal incumplimiento. Con fundamento en la función social que debe cumplir la propiedad establecida constitucionalmente, la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en sentencia del 28/08/2018 establece: i) Los bienes con origen ilícito nunca podrán ser protegidos o regulados por el ordenamiento, y aquellos que fueron destinados a actividades ilícitas dejaron de cumplir con su función social. ii) La adquisición ilícita de bienes tiene efectos permanentes, es decir no se sana con el tiempo.

Es así como, el Salvador en el artículo 6° de Ley especial de Extinción de Dominio y de la Administración de Bienes de Origen o Destinación Ilícita establece los presupuestos que posibilitan la acción de extinción de dominio, encontrándose causales o presupuestos de origen y de destinación, en los que se denota que el objeto del debate no será la condición de inocencia o culpabilidad, sino el origen de los bienes, su nexos o relación con los afectados y la actividad ilícita vinculada (Revelo, 2019); dentro de las causales por destinación, se establece el presupuesto de procedencia de extinción de dominio respecto a bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de origen ilícito. Si bien es cierto la institución de la Extinción de Dominio en El Salvador no está reconocida constitucionalmente como tal, se fundamenta en que la Constitución reconoce únicamente la propiedad en función social, con lo cual no solo se legitima las causales de procedencia por origen sino también por destinación como es el caso materia de investigación respecto a bienes mezclados, a diferencia del reconocimiento constitucional que da el Perú al Derecho de Propiedad. Sin embargo, pese a ello no está exenta de cuestionamientos, tal es así que la Corte Constitucional tuvo que resolver una demanda de inconstitucionalidad, a través de la cual explica sus fundamentos; sin embargo, no quedan de lado los cuestionamientos sobre la constitucionalidad respecto hasta qué punto es extingible un bien a favor del Estado; en la figura de los bienes mezclados, al quererse aplicar extinción de dominio por ser simplemente mezclados

sin ningún otro fin determinable, existiendo otras opciones de sanción las cuales pueden adoptarse por reforma legislativa.

3.4.- COSTA RICA

Es preciso señalar que en Costa Rica aún no se promulga La Ley de Extinción de Dominio, ello pese a la existencia del proyecto de Ley N° 18.964, que data del año 2013, en el que se justifica la extinción de dominio como una herramienta de política criminal para el efectivo combate del crimen organizado, proyecto que ha recibido fuertes críticas sobre su constitucionalidad y naturaleza; críticas que se dirigen a que esta infringe los siguientes derechos fundamentales: “la seguridad jurídica, la regulación mínima de los actos, el principio de irretroactividad en perjuicio de derecho adquiridos, el principio de buena fe, el derecho de propiedad, el principio de proporcionalidad y razonabilidad, el principio de no confiscación, la presunción de inocencia y los principios del debido proceso, derecho a la defensa y a las garantías judiciales”, por lo que fue sustituido por el Proyecto de Ley No. 19.587 denominado “Ley Especial de Extinción de Dominio” del 01/05/2014 el cual ha sufrido varias modificaciones hasta llegar al proyecto de Ley Especial de Extinción de Dominio en fecha 08/02/2017. (Aldana Revelo M. G., 2019)

Este último proyecto, reconoce que la extinción de dominio es una consecuencia patrimonial, derivada de actividades ilícitas y dirigidas contra cualquier derecho real; sin importar que el afectado tenga la posesión o propiedad, declarada mediante sentencia judicial, la cual constituye una nueva titularidad a favor del Estado, sin necesidad de contraprestación de ninguna naturaleza, salvo los terceros de buena fe exenta de culpa, además establece como sus características básicas la jurisdiccionalidad, su carácter real y contenido patrimonial, su autonomía e independencia de otros procesos (Revelo, 2019).

Así de forma similar a los modelos adoptados en la región, se proyecta a afectar bienes que se encuentren enmarcados en una serie de condiciones, entre los

cuales se encuentran bienes de origen lícito mezclados con bienes de procedencia ilícita. En relación con las causales de extinción de dominio, la Corte Suprema de Justicia considera que no existe objeción alguna para ejecutar la extinción de dominio sobre aquellos bienes que tienen un origen ilícito; sin embargo, respecto a la causal que se dirige contra bienes de origen lícito mezclados con bienes de procedencia ilícita, establece que: *“la incapacidad de diferenciar los bienes con origen lícito, de los bienes que fueron adquiridos de manera ilícita, no debe ser causal para extender la acción de extinción de dominio sobre los primeros, pues dicha disposición, lejos de fomentar la adecuada investigación de los hechos que fundamentan la pérdida del derecho de la propiedad, fomentaría la ineficiencia de las diligencias destinadas a esclarecer los hechos y sobre éstos últimos (los bienes de origen lícito), la medida operaria sin lugar a dudas como una sanción confiscatoria”* (Informe de Proyecto de Ley “Ley de Extinción de Dominio” Expediente N° 19.571, 2016). En tal sentido, respecto a los bienes de carácter lícito, persiste la duda constitucional, referente a la garantía que se resguarda con el derecho a la propiedad. Por lo que se sugiere que esta norma sea valorada a la luz de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

Nótese cómo la figura de extinción de dominio tiene como objeto todo aquel bien que esté involucrado de alguna manera con un hecho ilícito, por lo que el proyecto de ley brinda una lista taxativa de las causales por las cuales los bienes pueden ser extinguidos. Sin embargo, se genera una duda importante cuanto se indica que se pueden extinguir bienes lícitos que estén mezclados material o jurídicamente con bienes ilícitos ya que se debe tomar en cuenta que, si el bien es adquirido de manera lícita, es decir conforme a derecho, la moral y buenas costumbres, el mismo no puede ser extinguido, porque se violenta un derecho de propiedad consolidado y justificado lícitamente. El bien es parte relevante en el negocio jurídico y conlleva presupuestos objetivos que hacen referencia a requisitos que debe reunir un objeto para que se constituya un negocio válido y eficaz. Por ende, todo lo que se haga conforme a derecho, a su vez tiene respaldo de la ley y el Estado. (Sherilyn Kelly Salazar, 2017)

Patricia Vargas González, en relación al tema concluye: *“El supuesto de extinción de dominio sobre bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos es claramente confiscatorio. En lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, sin límite alguno. ¿Cuál es la razón, el fundamento de esto? No la hay. Especulando, podría ser el sancionar al titular de los bienes lícitos por permitir esa mezcla y, si es una sanción, hay que aplicar los derechos y garantías que se asocian a estas. Además, con esto también se deja de lado que la misma normativa de Naciones Unidas lo que prevé en estos casos (de mezcla de bienes lícitos e ilícitos) es la incautación únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena”*. (Gonzales, 2017).

Asimismo, la Comisión de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, en su pronunciamiento del 06 de mayo del 2019, emitido en mérito a la consulta de la Comisión Especial que será la encargada de dictaminar el Expediente N°19.571 “Ley Especial de Extinción de dominio”, luego del análisis a este nuevo texto señala que persisten muchos de los problemas de constitucionalidad que originalmente se detectaron por la profesora Vargas González, cuya tesis doctoral en España versó sobre el tema. La comisión cuestiona que el proyecto contempla una extinción de dominio que se formula con matices confiscatorios y sancionatorios. En tanto, se quebranta la presunción de inocencia al incluir una inversión de la carga de la prueba (si el administrado no justifica el origen del patrimonio lo pierde); viola el principio *in dubio pro reo* al relajar las exigencias probatorias en torno al hecho criminal y la relación de éste con los bienes y con el afectado por la extinción; así como lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, toda vez que, si el ciudadano no justifica su patrimonio, su silencio bastaría para que el Estado lo incaute, esto al margen de que ese patrimonio no tenga relación con algún delito.

Así mismo concluye entre estos cuestionamientos, que respecto al tema materia de investigación referente a la causal de extinción de dominio sobre bienes

mezclados establecido en el numeral 5) y 6) del artículo 17°, son claramente confiscatorios y quebrantan el derecho de propiedad. En lugar de prever la extinción de dominio de los bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, o que han servido para ocultarlos, lo anterior además sin límite alguno, ni fundamento, el cual podría ser el sancionar al titular de los bienes lícitos por consentir esa mezcla, por consentir ese ocultamiento; por lo que constituiría una sanción y habría que aplicar los derechos y garantías que se insiste en negar. Además, con esto también se deja de lado que la misma normativa de Naciones Unidas lo que prevé en caso de mezcla de bienes lícitos e ilícitos es la incautación únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que la medida lo que busca es acabar con un enriquecimiento injusto y no penar a nadie (ya para eso está la pena de prisión y sus garantías), vulnerando además el derecho constitucional de propiedad.

En tal sentido recomienda que la respuesta del Estado no debe implicar crear vías de recuperación de activos al margen del proceso penal y vulnerar derechos y garantías a través del fraude de etiquetas. Al contrario, se deben hacer las reformas dentro de este proceso, como se ha hecho en otros países cuyas legislaciones siempre han servido de modelo, por ejemplo, España, Alemania o Italia. Es necesario hacer una reforma integral del comiso, admitiendo modalidades que hoy en día no existen (comiso subrogatorio; el de los aprovechamientos; por valor equivalente; comiso ampliado, diseño de un procedimiento autónomo para casos donde no sobreviene condena, por ejemplo: muerte del autor del hecho, etc.).

Asimismo, respecto al tema investigado precisa que, si pese a todo lo dicho se insiste en el proyecto, se debería ordenar la extinción de dominio sólo sobre capitales ilícitos hasta por su valor estimado, no los lícitos que se han mezclado o usado para ocultar los primeros. (UCR, 2019).

CAPÍTULO II

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL PERÚ

1.- ANTECEDENTES

En el Perú, siguiendo con la influencia colombiana, el Congreso delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado, con la finalidad de atacar más eficazmente el crimen organizado en general y, en especial los delitos mencionados. En ese contexto, se emitió el 22 de julio de 2007 el Decreto Legislativo N°992, que fue la primera norma en regular el proceso de pérdida de dominio, reglamentado mediante Decreto Supremo N°010-2007-JUS del 22 de octubre del 2007 modificado por el Decreto Supremo N°012-2007-JUS promulgado 18 de noviembre de 2007.

La ley fue modificada mediante la Ley N°29212, promulgada el 18 de abril de 2008, debido a que el artículo 70° de la Constitución, establece que la pérdida de la propiedad por vía distinta a la judicial, en sede penal, sólo puede declararse por causa de seguridad nacional o necesidad pública, y siempre que sea declarada a su vez la ilicitud del origen de los bienes y del derecho de propiedad sobre los mismos; pues se encontraba regulado el decomiso penal, conforme los artículos 102°, 103° y 104° del Código Penal. Ante los duros cuestionamientos, El Decreto Legislativo N°992, fue modificado mediante Ley N°29212, de fecha 18 de abril de 2008, la que reemplazó prácticamente todo su texto. (Aldana Revelo, 2019)

En la ley 29212 del 2008 se definió a la pérdida de dominio como la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. Además, se reconoció la jurisdiccionalidad de la norma, el carácter real, buena fe como principio esencial, la autonomía de la ley y el interés público de la misma, cuyo nexo de ilicitud

de los bienes se delimitó a los delitos de tráfico ilícito de drogas, extorsión, terrorismo, trata de personas, secuestro y lavado de activos. Sin embargo, dicha norma no mejoró la situación ni solucionó los problemas de fondo que involucraban a la acción de pérdida de dominio; por el contrario, se redujo su contenido y se complicó su aplicación, lo que generó que durante la vigencia de ambas normas no se haya producido ninguna investigación de pérdida de dominio.

Fue con el Decreto Legislativo N°1104 del 19 de abril de 2012, que se modificó la legislación sobre Pérdida del Dominio, aunque mantuvo la concepción de ser una acción de naturaleza real y de contenido patrimonial, que implica la pérdida de dominio que puede recaer sobre derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna, en el que se examina si el dominio sobre derechos y /o títulos, se adquirió a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico, pues de no serlo, no puede reclamar protección constitucional, pues no constituirían justo título, salvo en el caso del tercero adquirente de buena fe. La ley reconocía su autonomía y además que se regía por los principios buena fe o licitud que los bienes son de origen lícito, la que debe ser desvirtuada; y el carácter público de la norma.

Finalmente, mediante decreto legislativo N°1373, del 4 de agosto de 2018, se modificó la legislación sobre Pérdida de Dominio y recibió la denominación de Extinción de Dominio, cuya vigencia estaba condicionada por la cláusula novena al día siguiente de la publicación de su Reglamento, el que se aprobó mediante Decreto Supremo N°007-2019-JUS el 1 de febrero de 2019.

1.1.- DECRETO LEGISLATIVO N°1104 “LEY DE PÉRDIDA DE DOMINIO”

El Decreto Legislativo N°1104, publicado el 19 de abril de 2012, modifica el Código Procesal Penal y deroga la anterior ley que regulaba el proceso de pérdida de dominio, Decreto Legislativo N°992.

En su artículo 2° define la pérdida de dominio como: “*una consecuencia jurídico patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso*”. Asimismo, dicho artículo delimita su ámbito de aplicación a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Es importante mencionar que el artículo 3° prevé los criterios que se tomarán en cuenta para aplicar el decreto bajo comentario, estos son:

- ✓ Se reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso.
- ✓ La acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte años.
- ✓ Se puede incoar la acción de pérdida de dominio aún cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de éstos.

Cabe resaltar que el artículo 4° prevé como supuestos de procedencia de la pérdida de dominio, los siguientes:

- ✓ Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal.
- ✓ Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.
- ✓ Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción.
- ✓ Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

Según el artículo 5° de la norma, los bienes pasibles de ser afectados por la pérdida de dominio son “aquellos objetos, instrumentos, efectos o ganancias que se encuentran en aparente propiedad o posesión de persona natural o jurídica y que por fundadas evidencias se presume son producto directo o indirecto de actividad delictiva”. También procede sobre bienes de la titularidad del agente del delito cuando se determine que el delito cometido ha generado efectos o ganancias; o los que se mantienen ocultos; o han sido transferidos a terceros, quienes han adquirido un título firme sobre los mismos; asimismo, ***“procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud”***.

Cabe mencionar que la norma es clara al establecer que la pérdida de dominio se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro. De esta manera en el Decreto Legislativo N° 1104 se hace un mejoramiento de la legislación sobre la materia, estableciéndose que la Pérdida de Dominio es un proceso judicial especial de carácter real, que recae sobre cualquier bien que constituya objeto, instrumento, efecto o ganancia de un delito, independientemente de quien los tenga en su poder o quien los haya adquirido, cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal. Asimismo, en relación a la primera norma de pérdida de dominio ahora se amplía la figura actual para aplicarla también a los delitos corrupción, aduaneros, defraudación tributaria,

concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Cabe precisar que, en este Decreto Legislativo N°1104, la Ley de Pérdida de Dominio, ya establece un supuesto de procedencia en caso de bienes de origen lícito que se mezclen con bienes de procedencia delictiva, sin embargo; se debe tener claro que si bien se trata de un proceso cuyo trámite es independiente del proceso penal, este no deja de ser subsidiario del mismo conforme lo prevé el artículo 4° del referido cuerpo legal.

2.- DECRETO LEGISLATIVO N°1373 “LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO”

Tal como se ha señalado, la pena y demás consecuencias jurídico penales, como respuesta a la delincuencia, particularmente a la criminalidad organizada, no ha rendido los efectos que se esperaba, tanto así que actualmente asistimos a una suerte de aumento de la delincuencia, especialmente en las áreas cuyo móvil es el ánimo de lucro. La concreción de estos delitos ha permitido que los delincuentes en general y las organizaciones criminales en particular hayan logrado acumular grandes “patrimonios criminales” y el hecho que estos patrimonios permanezcan en poder de los delincuentes es el mayor incentivo a la criminalidad, cuyos agentes encuentran que la acción delictiva resulta una actividad eficaz y eficiente (desde la perspectiva del análisis económico del derecho). Por ello, constituye una necesidad ineludible cambiar la perspectiva actual de la investigación y procesamiento de los delitos orientado únicamente a imponer la pena, dejando de lado las consecuencias económicas del delito y optar por un paradigma orientado a privar a los agentes del delito de todo el producto de su actividad criminal. Solo de este modo se puede realmente implementar un plan de política criminal eficaz. (Gálvez Villegas, 2019)

Siendo ello así, resulta imprescindible materializar la privación del producto del delito en todos los casos en que nos encontramos ante instrumentos, efectos y ganancias del delito, así como frente a otros bienes o activos materia de decomiso. En tal sentido, una de las principales pretensiones que debe ejercerse en el proceso penal, es precisamente la pretensión de decomiso (Cordero Blanco, 2012). Sin embargo, existen casos en que, a pesar de la presencia de efectos o ganancias del delito, no puede iniciarse o continuar el proceso penal y, por tanto, no puede concretarse el decomiso; ante ello, resulta de necesidad imprescindible la viabilización de un mecanismo o procedimiento orientado a concretar dicha medida fuera del proceso penal. Esta necesidad se aprecia claramente en los casos en que la acción o pretensión punitiva se ha extinguido (por prescripción, muerte, amnistía, etc); cuando el imputado se da a la fuga, es contumaz o ausente; así como en los supuestos en que los efectos o ganancias del delito se descubren con posterioridad a la conclusión del proceso seguido contra el imputado, o también en los casos en que se descubren cuando el proceso se encuentra en sus postrimerías y ya no se puede insertar debidamente a la pretensión de decomiso dentro de este proceso. (Gálvez Villegas, 2019)

En esta línea, en la legislación comparada se viene imponiendo el denominado decomiso sin condena, decomiso civil, extinción de dominio, confiscación in rem, etc. La característica común en todos estos casos, es su naturaleza real, de modo que no requiere de una condena penal, e incluso en algunos casos (como el nuestro), ni siquiera se requiere un proceso penal. Asimismo, estando a la naturaleza de esta acción real, las reglas probatorias son distintas de las propias del proceso penal (gobernado por la presunción de inocencia), con la posibilidad de distribuir cargas dinámicas a las partes e inversión de la carga de la prueba y la inexigibilidad del principio de *indubio pro reo*. (Gálvez Villegas, 2019)

En este orden de ideas, “la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, recomienda 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”. De igual forma “la recomendación N°3 del Grupo de Acción Financiera Internacional, prevé que los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean embargados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que un infractor demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida que sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales”. En el ámbito del G-8, en el 2003, se emitió el documento denominado *G8 Best practice principles on tracing freezing and confiscation of assets*, el cual insta a los estados a adoptar medidas que permitan el decomiso sin requerir una condena penal, en la medida en que sea compatible con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

En mérito a los anterior, mediante Decreto Legislativo N°1373, el Perú ha promulgado la Ley de Extinción de Dominio, en la que se plasma un acción real y patrimonial autónoma en actual vigencia. Se debe tener en cuenta que la “Acción de Extinción de Dominio”, como toda respuesta político criminal consistente en la afectación o injerencia en la esfera particular de las personas, tiene que encuadrarse dentro de los límites político criminales de todo Estado de Derecho; esto es, dentro del marco de respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona humana, de los desarrollos dogmáticos de la Ciencia del Derecho y de los criterios de eficacia desarrollados por el Análisis Económico del Derecho, de tal manera que no se otorgue facilidades a la delincuencia, así como tampoco se incurra en arbitrariedades que pudiesen restar legitimidad a la respuesta político criminal o tornarla inaplicable.

2.1.- CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD

El artículo 3° inciso 10 del referido decreto legislativo define la Extinción de Dominio como: *“Consecuencia Jurídico Patrimonial que traslada a la esfera del estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del estado”*

Así también, en el artículo 1° se determina que es aplicable sobre “todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tengan relación o que se derivan de las siguientes actividades ilícitas: contra la administración pública, contra el medioambiente, las relativas al tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y de crimen organizado, e incorpora como número apertus, las actividades ilícitas capaces de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito”.

Puede apreciarse que el ámbito de aplicación de la presente ley está referido exclusivamente a objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito; pues todas las actividades ilícitas comprendidas en este artículo son delitos, sobre todo delitos graves; es de tener en cuenta que el legislador ha optado por utilizar el término “ilícitas” en lugar de “delictivas”; a pesar de que se está refiriendo a actividades delictivas, recurre a la locución “actividades ilícitas” aun cuando se refiere a actividades criminales y proporciona una relación taxativa de delitos. Con esto se busca evitar la discusión respecto a si la medida opera solo cuando estamos frente a una conducta típica, antijurídica, culpable y punible o es suficiente con que se configure la antijuricidad (ilicitud) para considerar cumplida la exigencia legal, esto es, si es suficiente con que estemos ante una conducta típica y antijurídica para aplicar la extinción de dominio. (Gálvez Villegas, 2019)

En el mismo sentido se pronuncia GARCIA CAVERO al señalar: “La razón por la que el legislador penal no utiliza el término “delictivo” sino “ilícito” es porque asume un concepto limitado del delito. En este sentido, solo será necesario que la conducta que genere los activos sea típica y antijurídica (ilícita), pues la ilegitimidad de la adquisición de las ganancias se sustenta únicamente en la antijuricidad de la conducta que las genera”. (García Caverro, 2017)

La Ley de Extinción de Dominio establece las definiciones respecto de los bienes sobre los cuales recae su ámbito de aplicación, de la siguiente manera:

✓ **Objeto de Actividades Ilícitas.** - El artículo 3.7 del decreto legislativo lo define como “*Todos aquellos bienes sobre los que recayeron, recaen o recaerán actividades ilícitas*”. Debe entenderse como Actividad ilícita al listado de delitos ya antes señalados en el propio decreto legislativo, por lo que estaríamos frente a objetos del delito.

En esta circunstancia hace relación a aquellos bienes que, de acuerdo con la doctrina penal, constituyen el objeto material del delito; es decir, aquel “objeto material físico sobre el que recae la acción” (Muñoz Conde). En la actualidad, esta forma de comiso es común a casi todas las legislaciones, se alude a ella de distintas formas: comiso del objeto, comiso del cuerpo del delito. Constituye todo bien, sobre el cual recae la acción delictiva; es decir, el bien afectado a través de una lesión o de una puesta en peligro por la acción u omisión del imputado. Estos bienes pueden ser afectados, a través de un ataque al interés protegido respecto al mismo bien, sin afectar su esencia o naturaleza, como es el caso en que se sustrae el bien privándolo del mismo a su titular, o también se afecta cuando se perjudica la propia esencia del bien, como en los casos en que se lo destruye. Ello significa que normalmente el objeto del delito implica la existencia de una titularidad (lícita y legítima) del agraviado sobre el bien configurativo del objeto del delito, y precisamente la acción delictiva lesiona o pone en peligro tal titularidad.

Normalmente el objeto del delito (al tratarse de un bien con una titularidad reconocida) no es materia de decomiso, y ante su hallazgo, identificación o recuperación lo que corresponde es realizar la entrega inmediata a su titular, salvo que sea necesario mantenerlo temporalmente en poder de la autoridad a efectos de realizar alguna pericia con fines de esclarecimiento de los hechos. En efecto, el objeto del delito siempre será materia de restitución a fin de reparar el daño causado. Este criterio ha quedado debidamente esclarecido en el artículo 102° del Código Penal, modificado por la Ley N°30076 y sus posteriores modificaciones, Decreto Legislativo N°1373, que establece que *“los objetos del delito solo pueden decomisarse cuando atendiendo a su naturaleza no corresponda su entrega o devolución”*.

Asimismo, procede el decomiso de objetos del delito cuando estos constituyen *bienes intrínsecamente delictivos* como drogas, medicinas adulteradas, alimentos vencidos, etc, en cuyo caso, el decomiso se realiza con fines de destrucción o incineración. Asimismo, pueden tratarse de bienes fuera del comercio (armas de guerra) o también bienes cuya propiedad o posesión está sujeta a limitación o regulaciones como el caso de armas de fuego de uso civil; en estos casos también el objeto del delito es materia de decomiso.

✓ **Instrumento de Actividades Ilícitas.** - El artículo 3.8 del decreto legislativo lo define como *“Todos aquellos bienes que fueron, son o serán utilizados como medios, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para la comisión de actividades ilícitas”*. Debe entenderse en relación a Actividad ilícita al listado de delitos señalados en el propio decreto legislativo. La Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, elaborada por la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 1°, define “Instrumentos del delito” como aquellos “Bienes utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte para actividades ilícitas”. (Rivera Ardilla , 2017)

El Código Penal Peruano, en su artículo 102°, al hacer referencia al comiso, señala que el Juez resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización.

Sin duda, el decomiso de los instrumentos del delito es una de las formas más tradicionales del decomiso que viene acompañando a esta figura desde sus orígenes, siendo común a todas las legislaciones que contemplan este instituto de derecho penal. Actualmente encuentra su respaldo en las recomendaciones internacionales contenidas en los instrumentos multilaterales, pues se consagra en el literal b) del numeral 1° del artículo 5° de la citada Convención de Viena, intención que se reitera con similar tenor literal en las mencionadas convenciones de Palermo y Mérida.

Esta forma de decomiso “se fundamenta en el peligro objetivo que representa el bien para atentar o poner en riesgo un bien jurídico, ya sea por la misma naturaleza del bien, como el caso de las armas, los explosivos, un veneno, etc; o porque el peligro se desprende de los actos de disposición del autor dentro del marco de un plan criminal”. Uno de los principales aspectos que caracterizan a esta circunstancia de decomiso, es que aquí el origen del bien no resulta relevante, pues basta con que este se haya puesto en función del delito, independiente de que sea de lícita o ilícita procedencia, lo que va a legitimar su reconocimiento, es la función que el bien cumple con relación a la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico, en palabras de Gracia Martín, “ *que los bienes puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación*”. Esta finalidad se comprueba cuando el bien ha sido utilizado dentro de los actos consumativos del delito; o, cuando ha servido de medio dentro del cual la conducta delictiva se pudo desarrollar. (Santander Abril , 2018)

Para Guillermo Jorge “el fundamento de la privación de esos bienes reside en que los elementos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir”. El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una “medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que sólo puede adoptarse in personam, es decir, contra el condenado”. (Jorge, El decomiso del producto del delito, 2008.)

Por consiguiente los bienes que son pasibles de esta forma de comiso son aquellos que sirven para cumplir el fin ilícito propuesto, como por ejemplo el arma utilizada para ejercer la violencia en el hurto o causar la muerte en el homicidio; la retroexcavadora empleada en las operaciones de minería ilegal; los documentos falsos utilizados en la estafa; la gramera usada en actividades de microtráfico de estupefacientes; las placas de impresión, tintas e impresoras en la falsificación de moneda; el servidor y los “quemadores” de CD en los delitos contra la propiedad intelectual; los escáneres y las impresoras en la falsificación de documentos; el celular usado para realizar la llamada extorsiva en un secuestro extorsivo; los equipos tecnológicos en la intervención ilícita de comunicaciones, etc..

Pero el carácter instrumental tiende a ser limitativo a todos aquellos bienes sencillos que se pueden manipular, no siendo claro frente a bienes de mayor envergadura, de ahí que algunas legislaciones dispongan también el comiso de los “medios del delito”, descripción que permite ampliar el espectro de bienes y derechos sobre los cuales puede recaer la pretensión de comiso. Abriendo así la posibilidad de perseguir bienes que sirven para alcanzar un determinado fin ilícito, como medios de transporte, medios de ocultamiento, medios de producción, medios de seguridad, etc., los cuales permiten tener como pasibles de decomiso, los inmuebles que sirvieron como medio para ocultar al secuestrado, la embarcación que se utilizó como medio de transporte para trasladar la droga, la sociedad que se utilizó como medio para lavar activos o la empresa que se benefició fraudulentamente de un contrato público y sirvió

de medio para canalizar los dineros ilícitos objeto de un peculado o fraude al tesoro público.

Los bienes que constituyen medios o instrumentos del delito también se encuentran contemplados como causales o presupuestos de extinción de dominio, en este aspecto, el peligro que representa el bien para la vulneración de bienes jurídicos no puede servir como el único fundamento de legitimación para reconocer la consecuencia jurídica, al ser este un instituto autónomo e independiente del proceso y la responsabilidad penal, razón por la cual, “la extinción de dominio penetra en el ámbito del correcto ejercicio de la capacidad de disposición que tiene un sujeto sobre su propiedad, y lo confronta con el respeto de las obligaciones que emanan del derecho a la propiedad privada, en especial, con el respeto de la función social que debe cumplir en un Estado Social de Derecho”.

✓ **Efectos o Ganancias de Actividades Ilícitas.** - El artículo 3.9, del título preliminar del decreto legislativo N°1373, lo define como “todos aquellos bienes que son resultado directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas”.

Es indudable que el decomiso en la actualidad tiene propósitos de política criminal bien definidos, entre ellos, el de rechazar socialmente el valor de cualquier ganancia o fruto ilícito, o como bien lo expresa Muñoz Conde y García Aran, “busca evitar el enriquecimiento injusto de los autores de un delito”. (Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes, 2007). Para ello, el cuestionamiento de ilicitud no solo recae en el producto del delito o en los bienes en que este pueda transformarse, sino que, además, se extiende a las demás ganancias, beneficios, frutos o rendimientos que este puede generar.

Estas circunstancias, trasciende el simple producto del delito y reconoce aquellos bienes que se generan a partir del aprovechamiento o explotación del producto directo del delito. Es por ello que estas circunstancias de decomiso se van a concentrar en las ganancias del delito, cuando median procesos productivos; y en los beneficios,

rentas, réditos frutos o utilidades económicas que generan dichos bienes ilícitos, cuyo resultado se deriva de otras acciones de usufructo o aprovechamiento que se verifican más allá de la consumación delictiva. En este sentido, si el producto de un delito se transforma en ganado, serán pasibles de comiso por esta vía las crías que nazcan de dichos animales. De la misma forma, si dicho producto es invertido en la compra de un inmueble que es destinado para ser usufructuado a través de su arrendamiento, se consideraran beneficios o frutos, el valor de los cánones pagados, o los bienes adquiridos con ellos. O si con dicho producto se instala un negocio o empresa, se tendrán por ganancias, aquellas que se deriven del proceso productivo en cumplimiento de su objeto social.

La definición del objeto sobre el cual recaen estas circunstancias de decomiso presenta problemas prácticos, pues dentro del ejercicio de la función investigativa de un patrimonio ilícito, se presentan dos situaciones en particular, en primer lugar, “la investigación puede permitir reconocer, de manera inequívoca, una relación directa de causalidad entre el producto de una actividad delictiva, con los bienes que se consideran ganancias, frutos, rentas o utilidades, evento en el cual, la pretensión se estructurará a través de las circunstancias de decomiso indirecto”; en segundo lugar, “dichas ganancias se pueden inferir o deducir de los incrementos patrimoniales que presente el investigado, pues no siempre se puede acreditar un nexo de relación directa entre los bienes que se consideran ganancias, frutos, rendimientos o utilidades con el producto de un delito en particular. Para estas circunstancias de indefinición o no justificación, se han generado nuevas circunstancias de decomiso indirecto, como el denominado decomiso ampliado, predominante en Europa, o el decomiso por circunstancias de no justificación razonable, desarrollado en América Latina”.

Se debe precisar que estas circunstancias de decomiso se acogen de forma autónoma en algunas leyes de extinción de dominio, donde determina como objeto pasible de “extinción de dominio”, todas aquellas “ganancias, rentas, frutos y otros beneficios que se generen, no solo de los bienes que puedan ser cuestionables por

su origen, sino también de aquellos perseguibles por su destinación ilícita”. De otra parte, la “extinción de dominio” en materia de “bienes de origen ilícito” se sustenta en el cuestionamiento de la validez del acto mediante el cual se adquiere el derecho a la propiedad, la afectación de las ganancias, frutos, rendimientos o beneficios va a contar con dicho factor de legitimación, aquí dichos bienes serán examinados desde la perspectiva de la validez del derecho que los genera.

De otro lado, en las disposiciones generales de la “Ley de Extinción de Dominio”, nuestro legislador establece que su finalidad es: “*garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de éste los bienes que provengan de actividades ilícitas o estén destinados a ellas*” y asimismo señala que la naturaleza jurídica del proceso autónomo es de carácter real y de contenido patrimonial.

2.2.- CARACTERÍSTICAS

La extinción de dominio tiene las siguientes características:

➤ **REAL.** – Su objeto son bienes o derechos con valoración económica, concretos, determinados e identificados, y no conductas o personas. Se desarrolla a través de un proceso *in rem*, el cual permite al estado perseguir los bienes mal habidos, independientemente de quien los tenga en su poder. (Rivera Ardilla , 2017)

➤ **PATRIMONIAL.** – Procede respecto de bienes con valoración económica, sean estos muebles o inmuebles; contempla una estrecha relación con el derecho de propiedad, de allí su carácter patrimonial, donde la declaratoria por parte del juez es un desconocimiento de ese derecho aparente que nunca había existido, por lo que su consecuencia no es penal sino económica. (Rivera Ardilla , 2017)

➤ JURISDICCIONAL Y DECLARATIVA. – Requiere de la intervención de un juez competente quien entra a reconocer o no la legitimidad del bien afectado por una actividad ilícita, declaración que se hace a través de una sentencia, por efecto de causales previamente definidas por el legislador. El carácter declarativo, está dado en que el juez se pronuncie en la sentencia declarando la ilegitimidad del derecho, y proceda a extinguir el dominio al desvirtuar su origen lícito, y al no ser merecedora de protección constitucional. La sentencia no se trata de una condena, la pérdida del derecho sobre el dominio no es una sanción penal ni accesoria civil por un delito o un acto ilícito, sino más bien es la extinción del dominio por medio de una sentencia declarativa, la cual es independiente de la existencia o no de un delito. (Rivera Ardilla , 2017)

➤ AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE. – Es independiente del proceso penal, ya que no interesa si hubo condena para cuestionar la legitimidad de la propiedad. La existencia, curso y decisión del proceso penal no influye, de ninguna manera, en la existencia, curso y decisión del trámite de extinción de dominio. Por su carácter autónomo la acción tiene objeto propio y procedimientos exclusivos. (Rivera Ardilla , 2017)

➤ PÚBLICA. - Es una acción ejercida por el Estado a través del Ministerio Público, pues corresponde al Fiscal Especializado en Extinción de Dominio, iniciar y dirigir la indagación, de oficio o a petición de parte; quien además es el legitimado para presentar la demanda de extinción de dominio al órgano jurisdiccional correspondiente o disponer el archivo de la indagación.

➤ RETROACTIVA. - se puede regresar a los bienes que se obtuvo de manera irregular antes de la aplicación de ley. El Decreto Legislativo N°1373, en su artículo 2.5°, señala: *“la extinción de dominio se declara con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto legislativo”*.

➤ IMPRESCRIPTIBLE. - no se puede sanear, ni mucho menos el Estado pueda perder el derecho a perseguir bienes obtenidos de manera ilícita, es decir, que no pudieron haberse realizado conforme a derecho. Asimismo, Caro Gómez señala que el origen de los bienes no puede sanearse por el transcurso del tiempo, y menos aún, inhibir al Estado para perseguirlos”. (Caro Gómez , 2011). Tal es así que el artículo 5° inciso 3, del reglamento del Decreto Legislativo N°1373 establece: *Los actos jurídicos recaídos sobre bienes patrimoniales de origen o destino ilícito, al ser nulos de pleno derecho, no generan relaciones ni efectos jurídicos por el paso del tiempo y, por lo tanto, pueden ser objeto de un proceso de extinción en cualquier momento, con independencia de que los presupuestos para procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del decreto legislativo.*

➤ IMPROCEDENTE RESPECTO A TERCEROS DE BUENA FE.- protege a los afectados que han sido adquirentes de buena fe calificada exenta de culpa, quienes han actuado de buena fe creadora de derechos, los cuales deben ser reconocidos en el trámite extintivo, siendo dichos negocios jurídicamente válidos, y no procede respecto de estos la extinción del derecho de dominio. (Rivera Ardilla , 2017)

Aunado a las características ya señaladas, es preciso indicar que la “Ley de Extinción de Dominio” establece “la inversión de la carga de la prueba”, el Estado acopia información que demuestra que el bien tiene irregularidades, y el afectado debe desvirtuarlo. (BATTILANA , 2019). El artículo 2.9, de la ley de extinción de dominio establece: *“para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien. Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo”.*

Como se puede evidenciar, la Extinción de Dominio tal cual como actualmente es se encuentra regulada ha sido una transformación de la institución de Pérdida de Dominio, la cual fue derogada dada las limitaciones de la normativa como

herramienta destinada a recuperar los bienes y ganancias de origen delictivo, especialmente por la residualidad de la figura respecto del Proceso Penal y su falta de autonomía, más aun cuando el sistema de procesamiento de este tipo de casos no ha funcionado adecuadamente, debido principalmente a la falta de especialización de los operadores. Es así como las principales diferencias entre ambas instituciones se pueden ilustrar en el siguiente cuadro:

| Pérdida de Dominio (Decreto Legislativo N°1104) | Extinción de Dominio (Decreto Legislativo N°1373) |
|--|---|
| Dependía del Proceso Penal | Plenamente autónomo e independiente del proceso penal o de cualquier otra naturaleza. |
| Prescribía a los 20 años | No hay prescripción. Intemporalidad. |
| Falta de Especialización | Sub sistema especializado en extinción de dominio |
| Comisión Nacional de Bienes Incautados | Programa Nacional de Bienes Incautados |
| Dos etapas: Investigación Preliminar y actuación judicial. | Dos etapas: Indagación Patrimonial y Etapa judicial. |
| Una sola audiencia de actuación de medios probatorios | Dos audiencias: Audiencia inicial y audiencia de actuación de medios probatorios |

La diferencia sustancial entre ambos procesos es que: “el nuevo proceso de extinción de dominio ya no va a supeditar su inicio a que concluya el proceso penal, a que se descubran los objetos en la etapa intermedia o posterior a la etapa de instrucción penal, si no que pueda iniciarse paralela o anticipadamente, de oficio o petición de parte con la sola información o incluso cualquier persona legalmente obligada tome conocimiento de algún hecho que dé inicio a la extinción de dominio”.

Se ha evidenciado que la Extinción de Dominio, presenta características especiales, que buscan diferenciarla de las medidas tradicionales que adoptan los estados para recuperar los activos provenientes de la criminalidad, ello en la búsqueda de institutos eficaces en la lucha contra criminalidad organizada, la cual requiere de respuestas acordes con el fenómeno en sí, y habiéndose comprobado que no son suficientes los mecanismos de sanción penal tradicional, como lo es la aplicación de

penas privativas de libertad, es que además de la persecución penal surge la necesidad de extender la misma a los bienes mal habidos. Lo cual genera nuevas necesidades estructurales, a nivel legislativo. Por ello, los Estados dentro de su política criminal han ido incrementando la aplicación de figuras restrictivas de pérdida de la propiedad. Dichas figuras varían de país en país, y tienen distintas naturalezas jurídicas, como, por ejemplo: la incautación y el decomiso en el ámbito penal, el embargo (preventivo o definitivo) en el ámbito civil, la extinción de dominio en el ámbito civil de carácter público. (BATTILANA , 2019)

Existen varias maneras de realizar una privación de propiedad, fruto de la delincuencia, algunas dentro y a consecuencia de un proceso penal y otros como la extinción de dominio, autónomas del proceso penal, al ser una acción real (in rem), que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal. La Extinción de dominio, conforme a sus características quiebra paradigmas tradicionales, lo que plantea una serie de implicancias para su adopción en cada ordenamiento jurídico, ello conforme ha sido señalado por el Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado, en las conclusiones del Seminario Regional Latinoamericano: “La administración cautelar y la privación de bienes procedentes del delito” y que se ilustra en el siguiente cuadro: (BATTILANA , 2019)

| | |
|---|--|
| <p>Extinción de dominio, quiebre de paradigmas tradicionales</p> | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Inversión carga de la prueba en la acción, el Estado acopia información que demuestra que el bien tiene irregularidades, y el afectado debe desvirtuar. ✓ El Estado solo debe demostrar la existencia de una diferencia razonable entre lo que el propietario tiene a su nombre y su capacidad de adquisición. ✓ Inversión principio de adquirente de buena fe. Se presume buena fe, pero se debe probar la exención de culpa. ✓ Retroactividad de la ley. ✓ Imprescriptibilidad de la acción. ✓ Independencia de proceso penal en cuanto al trámite. ✓ Es una acción declarativa. ✓ Nivel probatorio sin todas las garantías del proceso penal. ✓ Limitación de los recursos de apelación y revisión. |
|---|--|

| | |
|--|---|
| Implicancias de la adopción de extinción de dominio | <ul style="list-style-type: none"> ✓ Cambios a nivel constitucional. ✓ Cambios legislativos de fondo y forma. ✓ Interpretación jurisprudencial. ✓ Creación de estructuras e infraestructuras adecuadas para ejecutar la figura. ✓ Requisitos de capacitación de recursos humanos especializados. |
|--|---|

En tal sentido queda claro que adoptar La Extinción de dominio implica adecuarla al sistema jurídico interno o apostar por cambios constitucionales que le den legitimidad dentro de cada estado; lo cual en el caso peruano no se ha dado. Es así que el Decreto Legislativo N°1373 se basa en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio del Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), la cual en su introducción señala que, por su naturaleza y alcance, este instituto “constituye un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal”. Asimismo, la reconoce como “regional”, razón por la cual se adoptó el nombre de “extinción de dominio” por tratarse de la denominación más común en la región (dada que como tal y bajo esa denominación nació en Colombia y fue adoptada posteriormente por México) y no, por ejemplo, por “decomiso sin condena” término utilizado en otros ámbitos internacionales. Entendiéndose como la misma institución jurídica siendo diferenciada por el término de reconocimiento, por lo que es preciso tener en cuenta que en las diferentes Convenciones Internacionales de Viena, Palermo, Mérida, Estrasburgo y las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, si bien invitan a los Estados parte a crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad, recomendando apostar por un comiso sin condena, en el cual se exija al imputado demuestre el origen lícito de los bienes sujetos a decomiso, subrayan que apostar por esta medida dependerá que sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales, es decir cada conforme con su ordenamiento jurídico interno.

La propia Ley Modelo de Extinción De Dominio señala recoger las buenas prácticas a nivel internacional, siendo evidente que se busca difundir la regulación de la Extinción De Dominio nacida en Colombia, al ser una copia de la normativa colombiana; sin embargo, esto debe adaptarse al sistema jurídico de cada estado. Tal como ya hemos señalado en puntos anteriores, Colombia ha reconocido constitucionalmente esta institución jurídica, ha creado todo un sistema amplió más allá de activos provenientes y vinculados a actividades criminales que actualmente cuenta con un Código de Extinción de Dominio, en tal sentido no podemos simplemente intentar copiar una ley basada íntimamente en el sistema colombiano sin tomar en cuenta las implicancias constitucionales de devienen, sin revestir los cambios correspondientes que la legitimen; ello a fin de no vulnerar derechos fundamentales tales como la propiedad, la proporcionalidad y el debido proceso; principios que no son exclusivos del proceso penal sino del sistema procesal en general, que no pueden ser simplemente desconocidos aprobando una ley y buscándole interpretaciones que la legitimen. Una política criminal de cara al crecimiento inminente de los activos del crimen requiere una transformación del sistema tradicional, pero bajo parámetros de legalidad y constitucionalidad que garantice la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

2.3.- CAUSALES Y PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA. -

En aras de delimitar las causales básicas de la extinción de dominio en el Perú, es preciso recurrir al artículo 2.4° del Decreto Legislativo N°1373, el que señala: *“la protección del derecho de propiedad u otros derechos que recaigan sobre los bienes patrimoniales, se extiende únicamente a aquéllos que recaigan **sobre bienes obtenidos con justo título o estén destinados a fines compatibles con el ordenamiento jurídico.**”*

Se debe tener en cuenta, que las causales sobre las que recae su aplicación dependerán del ordenamiento jurídico del que se trate; sin embargo, existen causales que son aceptadas en la mayoría de países que cuentan con este tipo de acción. En todos estos se tiene un elemento en común, que es **“dirigido contra bienes de origen o destinación ilícita”**. (Muñoz Ramirez, Melissa; Vargas Mora, Rafael Issac , 2017)

Así las cosas, se aplicará la extinción de dominio para recuperar bienes que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita. De este modo, la primera causa sería cometer una actividad ilícita y obtener un bien. Entendiéndose actividad ilícita como: *“Toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del decreto legislativo N° 1373”*. Al remitirnos al mismo, en este se enumera una serie de delitos. En consecuencia, actividad ilícita se entiende como *“toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia”*, ello según la definición de la Ley Modelo la Organización de las Naciones Unidas; que además amplía el concepto a cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación, lo cual resulta bastante amplia para que pueda calzar con facilidad en los distintos ordenamientos jurídicos que la aprueban.

Las causales o presupuestos de extinción de dominio son el principal eje sobre el cual se estructura la pretensión extintiva, pues consagran los supuestos de hecho que conllevan la correspondiente consecuencia jurídica. Como se mencionó anteriormente, las causales de extinción de dominio son la adaptación de las circunstancias de comiso penal desde una perspectiva *in rem*; o, en palabras de Tomás Gálvez, constituyen “todos los bienes o activos que puedan ser materia de decomiso” (Gálvez Villegas, 2019), como quiera que consagra los mismos presupuestos fácticos de las principales formas de decomiso, pero prescindiendo del cuestionamiento penal de la conducta, pues aquí lo relevante son las circunstancias ilícitas que recaen sobre el bien y no aquellas que comprometen la responsabilidad de su titular. En otras palabras, “las causales de extinción de dominio cumplen la misma función que ejerce el tipo en el derecho penal; de ahí que constituyen el principal referente mediante el cual se concreta el principio de legalidad”. (Pardo Ardilla, 2013)

Al igual que el decomiso penal, “los criterios básicos de valoración de las causales de extinción de dominio, también hacen relación al origen o la destinación ilícita del bien, reconociendo estos criterios como las causales básicas de extinción de dominio” (Martínez Sánchez, 2015), que como se explicó anteriormente, tienen cada una un fundamento de legitimación diferente. Sin embargo, cada Estado, de acuerdo con la libertad de configuración legislativa, define cuales circunstancias acoge como causales o presupuestos de extinción de dominio.

Sobre el particular, el autor colombiano Wilson Martínez destaca lo siguiente: “... las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34° de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58° de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde.”

Las causales por origen rememoran que todo derecho de contenido patrimonial y de valoración económica que provengan de manera directa o indirecta de la comisión de conductas ilícitas representa una transgresión a la propiedad legítima, existiendo una ilicitud embrionaria, tornando al titular de ese derecho subjetivo en un titular formal o aparente de un derecho subjetivo de contenido económico patrimonial; de otro lado, en punto de la segunda causal básica (destinación), la misma no hace referencia al modo o forma de adquisición de los derechos, dado que éste tópico se torna intrascendente, sino que indaga si a través de actos ilícitos los bienes que se postulan para su extinción fueron medios o instrumentos para la ejecución de actividades ilícitas que vulneraron u omitieron acciones que dieran cuenta del cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad. (Vásquez Betancur, 2018)

2.3.1.- Causales De Origen

La atribución de la responsabilidad extintiva de dominio por origen ilícito implica el establecimiento y acreditación de la ilegalidad de donde germinaron los derechos patrimoniales; el origen maligno de los bienes puede ser directo o indirecto, pero siempre derivado de la ejecución de una o varias actividades ilícitas y tendrá una imputación de naturaleza objetivo-subjetiva. (Vásquez Betancur, 2018)

La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-374 de 1997, señala que, la acción de extinción de dominio, en primer lugar, “traza límites materiales al proceso de adquisición de los bienes”, y en segundo lugar, “otorga al Estado una herramienta judicial para hacer efectivo el postulado deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos”. Por ello, no se quebranta ningún derecho, dentro de una concepción del Estado, su régimen de derechos y deberes, en la que los derechos solo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y solo a estos se extiende la protección que aquel brinda; la inexistencia del derecho que se ostentaba aparente, no

se consolida, y la sentencia declarativa produce efectos jurídicos “sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”. (Rivera Ardilla , 2017)

La imputación de causal por origen ilícito tiene como propósito principal el restablecimiento de la legitimidad de la propiedad que fue vulnerada en su nacimiento, tiene como precepto que el Estado no permita dentro de su orden jurídico, político y social, derechos de contenido patrimonial con génesis ilícita inmediata o mediata, lo que conduce a la inexorable aplicación del poder extintivo del Estado sin contraprestación ni compensación alguna para los titulares de esta clase de derechos patrimoniales.

La imputación por origen ilícito de los derechos patrimoniales no consiste en establecer una responsabilidad personal penal sino una responsabilidad patrimonial (acción in rem) que se centra en clarificar los contornos y esencias patrimoniales ilegítimas. La extinción de dominio es una herramienta ligada a garantizar el respeto de los derechos patrimoniales dentro de un orden justo que imprime su campo de acción de manera inmediata, estableciendo la obligación que los bienes o derechos patrimoniales deben ser adquiridos mediante formas legítimas constitucionales y legales, revistiendo la extinción de dominio de una naturaleza constitucional.

La causal de procedencia por el origen ilícito, no demanda mayores esfuerzos de acreditación, dado que el sustrato material del mismo se deriva de la comisión de una conducta ilícita y la configuración de los elementos de ésta, permite estructurar de manera principal los elementos que en materia de extinción de dominio se requieren, pues no se puede proteger un derecho de propiedad que no ha nacido, siendo que la protección jurídica de la propiedad se predica solo respecto de derechos patrimoniales lícitos.

2.3.2.- Causales de Destinación

Según la doctrina y jurisprudencia sobre extinción de dominio desarrollada en Colombia, país donde nace esta institución jurídica que hoy busca ser difundida en América Latina, la imputación jurídica de las causales de destinación tiene fundamento constitucional por vía del artículo 58° de la Constitución, la imputación por destinación ilícita no concierne al estudio del origen del derecho (lícito o ilícito), en la medida que la atribución jurídica pesa sobre un juicio valorativo respecto de la comisión de actividades ilícitas por medio de las cuales a los derechos patrimoniales se les dio un destino de medio o instrumento para el desarrollo de éstas y de su ejecución se vulnera de manera real y efectiva el bien jurídico de la propiedad en su legitimidad, resquebrajando el postulado de la función social y ecológica de la propiedad. (Vásquez Betancur, 2018)

La conducta ilícita objeto de reproche para predicar la extinción de dominio en una causal de destinación, es aquella conducta vulneradora de la función social y ecológica de la propiedad. Se debe decir también que, todas las personas que tienen bajo su titularidad derechos patrimoniales asumen el deber de cumplir con las obligaciones que la constitución y la ley asignan, con miras a que las acciones sancionatorias estatales no operen. Tal es así, que “contrariar los deberes jurídicos de la función social y ecológica de la propiedad, genera los terrenos y causas de imputación jurídica en materia de extinción de dominio, donde el Estado a través su poder soberano y en ejercicio del poder extintivo reconocido constitucionalmente, realiza un reproche a los actos de disposición, aquiescencia y permisibilidad de actividades ilícitas circunscritas a causales de extinción de dominio por destinación y que quebranten la función social y ecológica de la propiedad”.

Así pues, la causal de extinción de dominio por destinación refleja el carácter sancionatorio de la ley, evidenciando que esta constituye una sanción, que va más allá de una acción real, vinculada al origen y naturaleza del bien materia de

extinción, el cual sin cuestionamiento alguno precisa de una sentencia declarativa de extinción de dominio sobre el bien por el cual el estado no le reconoce algún derecho; sin embargo, frente a las causales de destinación es evidente la vinculación del reproche a una actividad ilícita que como ya se ha precisado refiere a una serie de delitos legalmente delimitados, en tal sentido la extinción de dominio por causal de destinación, es un reproche a la conducta del sujeto respecto al fin que le da los bienes objeto de extinción, reproche que se materializa en la pérdida de la propiedad del mismo, por lo que no es más que un decomiso sin condena.

2.3.3.-Presupuestos

Bajo dichas causales generales en el Perú, el legislador ha contemplado en el artículo 7.1° del decreto legislativo N°1373, los presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio. Siendo estos los siguientes:

a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.

b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.

d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.

e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.

f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores.

Para el presente trabajo de investigación examinaremos detenidamente el presupuesto c). Por lo que es preciso desglosar el mismo a fin de precisar sobre que bienes puede recaer la acción de extinción de dominio, siendo estos los siguientes:

- ✓ Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- ✓ Bienes de origen lícito que se confundan con bienes de origen ilícito.
- ✓ Bienes de origen lícito que resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.
- ✓ **Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.** Siendo de estos últimos, materia del presente estudio.

2.4.- CAUSAL DE PROCEDENCIA SOBRE BIENES MEZCLADOS.

La pérdida del derecho de propiedad sobre bienes mezclados, tiene como antecedente la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, celebrada en Palermo, Italia, en diciembre del año 2009. Dicho acuerdo supranacional, estableció en su artículo 12º, que “cuando el producto del delito se ha transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, y, cuando el producto del delito se mezcla con bienes adquiridos de fuentes lícitas, estos bienes podrán, sin

menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado”.

La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-1007 de 2002, con relación a la mezcla de bienes de procedencia lícita con bienes de origen espurio, señaló: *“Si se utilizan uno o varios bienes lícitos para ocultar o mezclar bienes de procedencia ilícita, se presenta un vínculo entre tal conducta, los bienes respectivos y el resultado esperado, pues el engaño de quien pretende ocultar la ilicitud pretendiendo mostrar como lícitos unos bienes que realmente son producto de actividades ilícitas dificultando hacer la diferencia sobre la procedencia de todos y cada uno de los bienes, se traduce en la afectación de toda una masa de bienes que queda por tanto afectada de ilicitud”* .

Conforme a la causal de destinación, cuando un bien es usado para realizar acciones ilícitas, ello permite la extinción de dominio. Por consiguiente, cuando esto sucede a través de la mezcla de bienes para ocultar los adquiridos por fuera de la ley, se concluye que también se procede a la extinción de dominio sobre los bienes lícitamente obtenidos. Se debe probar la existencia de bienes lícitos, acreditando cuáles bienes tienen dicha procedencia y cuáles no, para establecer la forma como se presentó la mezcla entre los dos bienes o patrimonios. (Rivera Ardilla , 2017)

Se puede presentar, desde luego, eventos en los cuales bienes lícitos se mezclen con ilícitos en cabeza de un solo propietario. Tal sería el caso, por ejemplo, de un servidor público que haya heredado lícitamente un lote de terreno y construye sobre él un edificio, con dineros provenientes de un peculado por apropiación. Bajo esta concepción pese a haberse identificado la procedencia lícita de parte de dicho bien, procede la extinción sobre la totalidad del mismo, por configurarse la mezcla. Es así como la sola mezcla configura causal de destinación ilícita, y otorga al Estado la potestad de extinguir el derecho de la propiedad lícitamente adquirida, situación inconstitucional y desproporcional bajo este proceso autónomo limitativo de garantías procesales.

En tal sentido, podríamos decir que, más que una consecuencia jurídica consiste en una sanción desproporcional pues incluso en el propio decomiso penal en casos de mezcla se procede únicamente al decomiso del bien ilícito. Asimismo, se está contraviniendo lo señalado en las convenciones internacionales, siguiendo la ley modelo de Extinción de Dominio, la cual no es más que una copia de la legislación colombiana en la materia, que para ser adoptada se debe ajustar al ordenamiento jurídico de cada estado.

La jurisprudencia colombiana fundamenta la extinción de dominio o mejor dicho de propiedad sobre los bienes lícitos que se mezclan con bienes de ilícita procedencia en la causal de destinación ilícita de los bienes, amparada en el artículo 58° de su Constitución Política, no se trata de cuestionar el origen ilícito del bien, sino el cumplimiento de los deberes y obligaciones que demanda la Constitución respecto de la función social y ecológica de la propiedad. Se debe tener presente que quien debe cumplir con la función social o ecológica es el propietario del bien. Por otro lado, se debe precisar que Colombia tiene un amplio avance en materia de extinción de dominio, institución que no es nueva, por cuanto cuenta con antecedentes legislativos como fue la Ley 200/1936 o “Ley de Tierras”, **en ella se contempló la extinción de dominio por no explotación económica.** Tobar Torres sustenta que la misma se le conoce como “extinción de dominio agrario o de tierras incultas” (Torres, 2014). Asimismo, la Ley 160/1994 que regule la extinción de dominio sobre los predios rurales, donde no se dé una explotación económica por un período de tres años continuos, o que su destinación sea cultivos ilícitos, modalidad de extinción de dominio agrario, que procede cuando el propietario adquiere legítimamente el derecho, pero no demuestra la obligación de explotación en el período determinado por la ley, esto se sustenta en la carga impuesta de colaborar en la riqueza social, por lo que, el no aprovechamiento evidenciado en la falta de explotación del propietario constituye un incumplimiento de la función social de la propiedad.

En suma, el modelo colombiano a sentado precedentes legislativos amparados constitucionalmente, en caso la propiedad no cumpla el fin esperado por el

estado, este está facultado para extinguir dicho derecho, en virtud a la función social que se le otorga constitucionalmente al derecho de propiedad; lo cual no sucede en nuestro ordenamiento jurídico peruano, pues no existe antecedente normativo que regule como sanción la pérdida del derecho de propiedad por incumplimiento de los deberes adherentes al ejercicio de la propiedad.

En el Perú a través del Decreto Legislativo N°1373, se establece “*la procedencia de la extinción de dominio sobre bienes de origen lícito utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia*”, este supuesto busca aplicarse a la propiedad lícita mezclada con bienes de origen ilícito porque la propiedad no ha sido utilizada con el fin y propósito de la cual yace su existencia, es decir, la propiedad no tiene una intención de ser de uso privado lícito o para fines del bien común, sino para finalidades de ocultamiento del origen ilícito, es ahí donde se materializa la extinción de dominio, porque el bien de origen lícito no fue utilizado para su naturaleza propia, sino para un fin delictivo, por lo que al respecto no existe controversia. Por cuanto no es una figura nueva, pues dentro del decomiso penal, si un bien es destinado a la comisión de un ilícito, no interesa su procedencia lícita, por lo que procede su decomiso en tanto se configuraría como instrumento del delito. La diferencia se evidencia en cuanto al proceso, pues al ser la extinción de dominio, un proceso autónomo e independiente del proceso penal, este procede así no exista condena e incluso proceso penal en curso; se debe tener en cuenta que el proceso de extinción de dominio por causal de destinación pese evidenciarse su carácter sancionatorio más que declarativo, al estar íntimamente vinculado a la comisión delictiva, no posee las garantías del proceso penal, al invertirse la carga de la prueba, su aplicación retroactiva e imprescriptible. Es por ello que en este aspecto no existe controversia respecto al fundamento de la acción, pero si considero que se debe trabajar y desarrollar mejor el proceso a fin de que se respete las garantías y el debido proceso.

Asimismo, nuestra legislación establece “*la procedencia de la Extinción de Dominio sobre bienes de origen lícito que se confundan o que que resulten*

indiferenciables con bienes de origen ilícito”. En cuyo aspecto el legislador prioriza la acción extintiva del estado cuando no es posible diferenciar el bien ilícito del lícito.

Sin embargo, el cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma, en la que se centra la presente investigación surge respecto al supuesto de procedencia sobre “bienes lícitos mezclados con bienes de origen ilícito”, de un análisis taxativo de la norma debe entenderse que el solo hecho de mezclar bienes de origen ilícito con lícitos es causal de extinción de dominio, sin mayor fundamento, lo cual es contrario al propio fin de la norma que establece su aplicación sobre bienes patrimoniales que tienen un origen o destino ilícito; por lo que se estaría vulnerando el derecho de propiedad sobre el bien adquirido por justo título, debiendo en todo caso ser susceptible de extinción de dominio los bienes de origen ilícito que hayan sido mezclados con los de origen lícito, sin afectar a estos últimos.

En tal sentido el supuesto que establece “ **la procedencia de la acción de extinción de dominio contra bienes lícitos cuando se mezclen con bienes de origen ilícito**”, tendría un carácter confiscatorio, pues en lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, prevé la extinción de los lícitos, sin haberse establecido límite ni fundamento alguno, dejando de lado lo que la normativa de Naciones Unidas prevé en estos casos de mezcla, que es el decomiso únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena.

Ciertamente, en el marco de la actividad delictiva, sobre todo, en la actuación de las organizaciones criminales y la criminalidad económica los agentes delictivos necesariamente buscan ocultar o blanquear sus ganancias ilícitas, y la mejor manera de hacerlo es a través de la mezcla o fusión con bienes de procedencia lícita; por ejemplo cuando un narcotraficante decide aumentar el capital social de una empresa constituida con patrimonios de origen lícito y realiza actividades formalmente lícitas en el mercado aportando dinero proveniente del narcotráfico; en este caso el dinero

ilícito contamina los activos lícitos y por ello en conjunto se convierte en nocivos para la economía lícita. En general, en estos casos, los activos o dinero lícito funcionan como instrumento o medios para ocultar o lavar activos ilícitos, y por ello, se convierten en instrumentos del delito de lavado de activos con lo cual el decomiso o extinción de dominio se encuentra justificado. En estos casos, resulta legítimo en tanto los bienes lícitamente adquiridos han sido utilizados como medio o instrumento de la comisión delictiva, esto es, en los supuestos en que han servido para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia, por ejemplo, en los casos que se mezclan bienes, a fin de evitar su identificación y posterior decomiso en los delitos de lavado de activos. (Gálvez Villegas, 2019)

Así pues, “solo en los supuestos en que la mezcla de bienes permita la ocultación o aprovechamiento de los bienes ilícitamente adquiridos, procederá el decomiso o extinción de todos los bienes mezclados (la fracción ilícita y la lícita)”; en los supuestos en los que, a pesar de existir una mezcla de los bienes, la finalidad sea distinta a la antes reseñada, e incluso puede diferenciarse objetivamente unos de otros, estaremos fuera de este tipo de decomiso, en cuyo caso solo podrá disponerse el decomiso hasta el límite de los bienes ilícitamente adquiridos, conforme al Art. 5° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que estipula “cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado”.

Se debe tener claro, que si bien los instrumentos internacionales invitan a los Estados parte a fortalecer y/o crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad, incide que apostar por un camino u otro dependerá de lo que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno.

En el caso peruano la manera en que se ha regulado la acción de extinción de dominio sobre la figura de los bienes mezclados nos lleva a considerar vicios de constitucionalidad, en el sentido de configurarse una posible confiscación dado que puede entretenerse un desequilibrio de los derechos que ampara la constitución. Más aún si tenemos en cuenta que esta acción recae sobre bienes lícitos que se han mezclado con bienes de ilícita procedencia, habiéndose invertido la carga de la prueba, siendo el procesado quien debe acreditar el origen lícito de sus bienes, en este sentido si producto de una actividad informal, se obtiene dinero que no se puede acreditar y este se mezcla para hacer mejoras a un bien lícitamente adquirido, se abre la posibilidad de extinguir el derecho respecto a la totalidad del bien. Lo cual a todas luces es desproporcional, en un país como el nuestro cuyo índice de informalidad es altísimo.

En vista de eso, siguiendo uno de los elementos conformadores del principio de proporcionalidad, nos encontramos con el sub principio de idoneidad, en el cual perfectamente, a través de una reforma legislativa, podría adaptarse la extinción de dominio para que sea aplicada a valores estimados, para no afectar la propiedad de origen lícito o plantear una reforma constitucional como en el caso colombiano, que se elevó a rango constitucional la figura jurídica de extinción de dominio, a efectos de acabar con cualquier vicios respecto a su constitucionalidad.

Por tal motivo la acción de extinción de dominio respecto a bienes mezclados, tal como está regulada, tiene un fuerte indicio de inconstitucionalidad al estar propenso a las arbitrariedades, al aplicarse por ser simplemente bienes mezclados sin ningún otro fin determinable.

CAPÍTULO III

EL DECOMISO

En líneas generales el decomiso es una medida dispuesta por una autoridad jurisdiccional o administrativa, consistente en privar del dominio bienes, que, por su origen o destino, directa o indirectamente se relacionan con actividades delictivas. Se adopta con la finalidad de que los referidos bienes pasen a la titularidad del Estado o sean destruidos por su peligrosidad. Asimismo, aquel que ostente la “titularidad” o “posesión” de estos bienes no es merecedor de una compensación o de un justiprecio. Dicha medida alcanza su justificación en el peligro real o potencial de la utilización de estos bienes para la comisión de nuevos delitos o porque los mismos son intrínsecamente peligrosos; y, a su vez, en que el Estado no puede reconocer la propiedad de bienes con origen ilícito, pues supondría un enriquecimiento injustificado. (Rosas Castañeda , 2019). Existen cuatro tipos de bienes que se relacionan con el delito:

- ✓ **Objeto material del delito**, son “los bienes sobre los que recae la acción delictiva”, por ejemplo: las cosas sustraídas en los delitos patrimoniales, o la droga ilícita objeto de tráfico en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

- ✓ **Instrumentos del delito**, son “los bienes que fueron utilizados o facilitaron la comisión de un delito, estos bienes han servido para la ejecución del delito”, por ejemplo: el vehículo utilizado para transportar la droga ilícita, el arma de fuego que sirvió para amenazar al sujeto pasivo de un delito de robo.

- ✓ **Efectos del delito**, son “los bienes producidos por la acción delictiva”, por ejemplo: el dinero falsificado. Las ventajas patrimoniales, como la contraprestación que recibe el delincuente por la comisión del delito de extorsión o secuestro, o el dinero obtenido por la venta de drogas ilícitas.

✓ **Ganancias del delito**, son “los efectos mediatos o indirectos, los frutos obtenidos por la comisión de actividades delictivas como las joyas, vehículos, inmuebles, etc”.

El decomiso tradicionalmente se dirigía únicamente a los efectos, entendidos como los bienes producidos por la acción delictiva e instrumentos del delito, dejando de lado a los objetos y ganancias, incluso a los objetos que pudieran ser intrínsecamente delictivos o fuera del comercio, además de no considerar las ganancias como objeto de decomiso, con lo cual se podían generar patrimonios ilícitos sin que el Estado pudiera afectarlos. Esta limitación del decomiso se explica porque “el objetivo principal del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y estaba dirigido en esencia a la sanción del delito, y no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos” (Vélez Zhindón , 2019). En los últimos años el tratamiento del decomiso ha variado significativamente, hasta convertirse en una herramienta de política criminal en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada que busca, por un lado, privar las ganancias ilícitas, cortando el ciclo económico del lucro ilícito; y, por otro lado, la búsqueda de la recuperación de los activos.

Este nuevo fenómeno ha tenido repercusiones importantes en la figura tradicional del decomiso, como su expansión, la inclusión del objeto y ganancia del decomiso, además, de incluirse nuevas formas de decomiso de bienes que han sido transformados o han sido alejados de su condición original, como el decomiso de efectos y ganancias mezclados con activos lícitos, también el decomiso de efectos y ganancias por valor equivalente, y el decomiso de bienes en poder de terceros. Asimismo, se han diseñado otros tipos de decomiso ya no vinculados al proceso penal, donde ya no resulta necesario la determinación previa de la responsabilidad penal del titular o poseedor de los bienes, como el decomiso sin condena (o civil) o el decomiso ampliado (por incremento patrimonial injustificado). A nivel latinoamericano se ha creado la figura del proceso autónomo de extinción de dominio, como una forma peculiar de decomiso sin condena, no dependiente, ni subsidiaria al proceso penal, ni a la determinación previa de la responsabilidad penal del sujeto activo del hecho punible.

1.- CONCEPTO. -

El Decomiso o comiso, es “un instituto de derecho penal sustancial mediante el cual, los bienes vinculados con un delito, ya sea por razón de su origen o destinación delictiva, pasan a poder del Estado a título de pena o consecuencia jurídica, mediante una decisión definitiva de carácter jurisdiccional”. Es un mecanismo, que pretende evitar el enriquecimiento injusto, al privar al responsable de los “efectos” del delito y sus “ganancias”, y también la comisión de nuevas infracciones al recaer sobre instrumentos utilizados en su comisión. (Muñoz Conde, F. y García Arán, M. , 2007).

Caro Coria y Reyna Alfaro inciden en el efecto del comiso de traslado de propiedad a favor del Estado de bienes, efectos o instrumentos del delito; en ese sentido, precisan que instrumento del delito es todo aquello que sirve al autor para la ejecución de un delito, mientras que efecto es todo aquello que es producido o transformado a consecuencia del delito. (Caro Coria, D. y Reyna Alfaro, L., 2016).

Así también, Gálvez Villegas y Delgado Tovar sostienen que comiso o decomiso es “la pérdida por parte de terceros de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva y la correlativa declaración de titularidad de los mismos a favor del Estado, medida que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes”. (Galvez Villegas, T. y Delgado Tovar, W. , 2013)

Esta aproximación conceptual responde a una tendencia generalizada, pues sus principales características se reconocen en los distintos instrumentos internacionales que tratan la materia. Existe ya un consenso generalizado sobre qué se debe entender como comiso, pues este concepto fue acuñado en el literal “f” del artículo primero de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, conocida como “Convención de Viena”, el cual se reitera en las Convenciones de “Palermo” y “Mérida”, contra la criminalidad organizada transnacional y la corrupción, respectivamente, donde se define el comiso

o decomiso como “*...la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente*”. En similares términos se concibe dentro del sistema normativo de Europa, donde este concepto está contenido en distintos instrumentos, como el “Convenio de Varsovia” del 16 de mayo 2005, en el cual se describe al decomiso como “*...una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien*”.

Se debe tener en cuenta, que estos instrumentos internacionales presentan una tendencia que busca generar un estándar normativo uniforme en los distintos Estados sobre ciertos conceptos básicos, la estandarización de un mínimo de formas o circunstancias de decomiso (producto, objeto, ganancias, instrumentos, mezcla, equivalentes, etc.); la consagración de medidas cautelares de carácter patrimonial, el impulso de nuevos acuerdos, tratados o convenios para mejorar la eficacia de la cooperación internacional; y, la definición de fines específicos a la destinación final de los bienes decomisados en función del mismo sistema.

El Código Penal Peruano, en su artículo 102° establece, “que el decomiso determina el traslado de los bienes relacionados con el delito a la esfera de titularidad del Estado” (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 62). No se trata necesariamente de una expropiación, pues, en muchos casos, aunque el bien decomisado se encuentre fácticamente en la esfera de disposición de un particular, este no cuenta con un derecho de propiedad sobre el mismo. Por ello, si bien el término comiso proviene del término latín «*commissum*» que es traducido generalmente como confiscación, lo cierto es que ambas medidas no pueden ser confundidas, ya que la confiscación, además de ser entendida usualmente como una pena, supone, por lo general, la pérdida completa del patrimonio del autor del delito (Rodríguez García, 2017, p. 130).

El decomiso puede recaer sobre los instrumentos, objetos y efectos del delito, aunque debe indicarse que esto no siempre fue así. En su regulación originaria,

el artículo 102° del Código Penal lo circunscribía a los instrumentos y los efectos del delito (Castillo Alva, 2001, p 210; Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009, p. 57). Dentro de los primeros se consideraba los bienes que eran utilizados para cometer o intentar cometer el delito (por ejemplo, el arma de fuego en un homicidio), mientras que por efectos se entendía aquellos bienes que resultaban o eran consecuencia directa del delito como la droga producida, el dinero falsificado o los bienes con marca falsificada. La situación ha cambiado sustancialmente con las posteriores modificaciones, que han terminado por regular el decomiso para tres bienes distintos: los instrumentos, los objetos y los efectos del delito. En cuanto a los instrumentos del delito, la regulación actual no contiene mayor variación respecto de la regulación originaria. Los cambios se han producido, más bien, en relación con lo que se entiende por objeto o efectos del delito. Los bienes que anteriormente eran considerados efectos del delito, se les llama ahora objetos del delito, junto con aquellos sobre los que recae la acción delictiva (por ejemplo, la especie protegida traficada o la mercancía contrabandeadada). El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-166 limita, sin embargo, el concepto «objeto del delito» a las cosas materiales sobre las que recae la acción típica (punto 9). La denominación de efectos hace referencia, por su parte, a los beneficios o ganancias derivados del delito (por ejemplo, el dinero recibido por la venta de la droga o el pago recibido por el sicario) (Gálvez Villegas, 2015, p. 56; Delgado Tovar, 2013, p. 62).

Nuestro Código Penal no establece una definición del decomiso, sin embargo, lo regula como una consecuencia del delito, establecida en el Capítulo II de la Parte General, por el cual los objetos, instrumentos o efectos del mismo pasan a la titularidad del Estado. El referido artículo establece literalmente lo siguiente:

Art. 102°. – “El Juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución.

Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieran podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias”.

El presente artículo fue modificado por la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de Dominio, otorgando como se puede evidenciar un papel subsidiario al decomiso frente al proceso de extinción de dominio, recién creado.

El legislador penal peruano sigue el modelo de regulación español que prevé una sola medida aplicable a los distintos bienes relacionados con el delito: el decomiso de efectos, ganancias e instrumentos. Bajo la vigencia del tenor original del artículo 102° del Código Penal, no había mayor discusión para sostener que el fundamento por el cual el juez penal podía decretar el decomiso de los bienes relacionados con el delito se encontraba en la peligrosidad objetiva de los instrumentos o efectos del delito, en el sentido de que podían producir una nueva lesión del bien jurídico (Castillo Alva, 2001.). En consecuencia, el decomiso resultaba procedente cuando el juez hacía un juicio de prognosis positivo sobre esa peligrosidad. En el actual escenario legislativo, la peligrosidad objetiva ha dejado de ser claramente el

fundamento común del decomiso, pues no cabe duda de que las ganancias procedentes del delito no cuentan con esa peligrosidad que sirve de sustento al decomiso de los instrumentos o productos del delito. El fundamento del decomiso no puede ser, por lo tanto, el mismo en todos los casos, sino que dependerá del bien sobre el que recae dicha medida (Gálvez Villegas, 2015)

En el caso de los objetos del delito, el fundamento del decomiso se mantiene en la peligrosidad de que estos bienes puedan producir una afectación de los bienes jurídicos penalmente protegidos. Si el objeto del delito es intrínsecamente delictivo, entonces su decomiso procede directamente por la indiscutible peligrosidad objetiva.

El decomiso de los instrumentos del delito se sustenta igualmente en la peligrosidad objetiva, pero referida, de manera concreta, a su posible utilización en la comisión de un nuevo delito (Gálvez Villegas & Guerrero López, 2009). A lo que esta medida preventiva apunta, por lo tanto, es a retirar el instrumento del ámbito de disposición de su titular y evitar, de esta manera, un probable uso delictivo.

La procedencia del decomiso de los instrumentos del delito bajo la idea de la peligrosidad objetiva es clara si se trata de bienes intrínsecamente delictivos, como una máquina para falsificar billetes. Si se trata de bienes de lícito comercio, pero especialmente peligrosos como las armas de fuego o los explosivos, entonces el decomiso procederá si no hay certeza de un uso seguro por quien los tiene a su disposición. “ **Un caso especial de decomiso de instrumentos del delito tiene lugar cuando los bienes de procedencia lícita se utilizan como medios para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia.** La peligrosidad de estos bienes no se encuentra en su naturaleza, sino en la predisposición de su titular para usarlos como medio para ocultar o impedir la identificación del origen delictivo de otros bienes”. (García Caveró, 2018)

Los efectos del delito están referidos, en la actual regulación del decomiso, a su rentabilidad. Bajo esta perspectiva, por tales se entiende los bienes,

dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal. En cuanto al fundamento que autoriza su decomiso, resulta claro que no puede residir en la peligrosidad objetiva de estos bienes relacionados con el delito, por lo que la adopción de esta medida no puede justificarse de la misma manera como se hace con los instrumentos u objetos del delito. En la doctrina penal se sostiene, de manera relativamente extendida, que el decomiso de los beneficios de origen delictivo se fundamenta en que el delito no es un título legítimo para generar riqueza de forma jurídicamente reconocida, por lo que no puede admitirse un incremento patrimonial mediante la comisión de delitos (García Navarro, 2007).

García Caveró señala que el fundamento del decomiso de lo ilícitamente ganado reside finalmente en desincentivar al delincuente bajo la idea de que el delito no puede valer la pena (Chunga Hidalgo, 2014, p. 135). No hay duda de que las ganancias ilícitas se decomisan porque el delito no es una forma legítima de enriquecerse, pero la razón de hacerlo en el proceso penal es para desincentivar la decisión de cometer delitos. Asimismo, agrega que: “El que los efectos del delito se definan de forma extensiva requiere, sin embargo, establecer algún tipo de limitación, pues, de lo contrario, se podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal. Se deben encontrar ciertos límites normativos a la vinculación causal con el delito para mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado. En primer lugar, puede mencionarse el caso de la mezcla de las ganancias del delito con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en efectos del delito, lo cual no parece ser lo más razonable para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite en el mar. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre que tenga cierta importancia en el conjunto. Lo anterior no rige si los fondos lícitos son utilizados para ocultar o lavar los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso pueden ser también decomisados bajo la calidad de instrumentos del delito”. (García Caveró, 2018)

2.- NATURALEZA JURÍDICA. -

Si existe un asunto polémico dentro del estudio del decomiso penal, es el relacionado con la identificación de su naturaleza jurídica, pues como dice Cortes Becharielli, “desde su aparición está buscando su verdadera identidad, pues no existe un conceso sobre su posición exacta dentro del mundo normativo, ya que son distintas las posturas jurídicas que existen al respecto, que lo ubican como una pena accesoria, una consecuencia civil, una sanción, o una consecuencia accesoria, entre otras”. (Cortés Bechiarelli, 2007)

La evolución de la naturaleza jurídica del decomiso penal ha estado impulsada por la necesidad de extender los límites del decomiso tradicional, para que pueda proceder sobre bienes comprometidos con el delito sin depender de la responsabilidad penal de su titular. Esto ha llevado a la redefinición de su objeto, lo cual se ha dado a través de dos grandes corrientes que buscan solucionar los problemas de efectividad del decomiso, más allá de la responsabilidad penal, las cuales responden a posturas filosóficas distintas:

La primera, “la corriente europea”, de amplia aceptación dentro de la normativa internacional, que “se caracteriza por trascender la responsabilidad penal, pero insiste en buscar la solución a los problemas del decomiso dentro de la misma acción penal, permitiendo así el desarrollo de nuevas formas de decomiso: ampliado, sin condena, de terceros, etc”.

La segunda vertiente, “la latinoamericana”, que asume el problema desde una postura filosófica diferente y “busca solucionar esta problemática a través de institutos de carácter in rem que, además de trascender la responsabilidad penal, procura que los aspectos problemáticos del decomiso sean debatidos por fuera del proceso penal, estableciendo así la figura de la extinción de dominio”.

Debemos reconocer que las dos corrientes son el producto del proceso evolutivo de la naturaleza jurídica del decomiso penal.

En nuestra legislación, por lo menos desde el punto de vista formal el decomiso no está contemplado en la regulación penal nacional como una clase de pena (artículo 28 del Código Penal), a diferencia de como estuvo regulado, por ejemplo, en la anterior regulación española. Como bien lo apunta Gracia Martín, “este tratamiento diferente tiene repercusiones prácticas muy importantes, pues si se tratase de una pena, debería requerirse siempre la culpabilidad del autor, así como su aplicación personalísima, lo que significa que no podrían decomisarse objetos que no le pertenecieran al autor culpable”.

El decomiso tampoco puede ser considerado una medida de seguridad, si se tiene en cuenta el dato puntual de que el artículo 71° del Código Penal no lo incluye como alguna de las medidas aplicables a los sujetos peligrosos. La situación no es distinta en relación con la reparación civil, pues, aunque se regulen en un mismo capítulo, el decomiso no forma parte de alguno de los conceptos que abarca la reparación civil (artículo 93° del Código Penal). Ante este escenario legislativo, surge entonces la pregunta lógica sobre cuál es la naturaleza jurídica que le corresponde al decomiso. Podría pensarse que, al tener el decomiso distintos fundamentos en función del bien sobre el que recae, su naturaleza jurídica deberá también distinguirse bajo el mismo criterio. Tal conclusión es, sin embargo, apresurada, pues el distinto fundamento del decomiso no implica necesariamente que su naturaleza jurídica sea diferente en los distintos bienes sobre los que puede recaer. “El decomiso responde, en todos los casos, a una finalidad preventiva de evitar el riesgo de una nueva afectación de bienes jurídicos: en un caso evitando que bienes peligrosos produzcan nuevas lesiones al bien jurídico, en otro eliminando los incentivos para cometer delitos en razón de los beneficios que se pueden obtener”. Dado que la finalidad preventiva no se sustenta en la culpabilidad del autor, queda claro entonces que su naturaleza jurídica no puede ser penal. (García Caveró, 2018)

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce al decomiso como una consecuencia accesoria del delito, la subordinación del decomiso a la declaratoria de responsabilidad penal del titular del bien comprometido en el delito, llevó a una revisión sustancial de su naturaleza punitiva, pues en múltiples casos se podía demostrar el compromiso de un bien con una conducta típica y antijurídica, ya sea por su origen o por su destinación ilícita, pero al no contar con la culpabilidad penal de su titular, el decomiso resultaba improcedente. Gracia Martín explica muy bien los factores que llevaron a reevaluar la naturaleza punitiva del decomiso, de pena a consecuencia accesoria, de la siguiente manera:

“Las consecuencias accesorias, y entre ellas el decomiso, son consecuencias jurídicas del delito que no pertenecen, sin embargo, en rigor, al Derecho penal, pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal. Se trata más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos. Para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél”.

Por ello, si el bien cuestionado pertenecía a un tercero sin responsabilidad alguna en la conducta típica y antijurídica que lo vincula; o, si este se encontraba en cabeza de una persona jurídica, respecto de la cual no se reconoce capacidad, acción de culpabilidad ni de pena en virtud del principio *societas delinquere non potest* (predominante en la mayoría de países latinoamericanos), el decomiso resultaba totalmente inviable. La solución, llegó por vía de las denominadas “consecuencias accesorias del delito”; es decir, “aquellas sanciones que de acuerdo con la doctrina especializada son de carácter sui generis, acogidas en algunos códigos

penales como una tercera categoría de sanciones penales, cuya naturaleza no es punitiva, por no constituir una pena o una medida de seguridad; y que tampoco pueden ser encasilladas bajo una consecuencia de naturaleza civil, por no ser una medida reparadora o de restablecimiento del derecho”.

Esta concepción del decomiso como una consecuencia accesoria del delito, introduce nuevos elementos al análisis del instituto, pues al prescindir de la culpabilidad, como factor de legitimación de la imposición de esta sanción, se abre la posibilidad de realizar juicios de valoración a través de la verificación de elementos que generalmente son ajenos al derecho penal como, por ejemplo, la confrontación de los actos de adquisición o destinación del bien conforme a la legalidad del acto jurídico o los postulados de la buena fe y diligencia debida, elementos que sustituyeron el juicio de responsabilidad, para poder justificar el decomiso de bienes de terceros o de personas jurídicas a partir de elementos distintos de la declaratoria previa de responsabilidad penal.

Reconocer la naturaleza de “sanción sui generis” del decomiso, por constituir una “consecuencia del delito”, ha sido uno de los avances más grandes en la evolución de la figura, pues permitió superar una de sus principales limitantes, como lo era, el condicionamiento a la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular del bien, lo que facultó a las autoridades judiciales a extender la pretensión de decomiso sobre bienes de terceros y personas jurídicas que no hubiesen intervenido en la conducta típicamente antijurídica.

Sin embargo, este paso evolutivo no prescindió del todo de la imputación penal, como fundamento de legitimación del reconocimiento de la consecuencia jurídica, toda vez que su carácter mixto, aún demandaba el reconocimiento jurisdiccional del vínculo o nexo de relación del bien, con una conducta típica y antijurídica, que por lo general, se realizaba a través de la declaratoria de responsabilidad de una persona comprometida con el delito, pero distinta del titular del bien; como, por ejemplo, cuando se pretendía el decomiso del vehículo utilizado como

medio de transporte para facilitar un secuestro, el cual pertenece a la esposa del autor de tal conducta (penalmente responsable), que sin haber participado en el delito, si consintió o fue permisiva frente a la ilícita destinación de su bien.

Es claro que, al concebirse el “decomiso” como una pretensión penal, este queda condicionado a que su declaración se realice dentro del marco del proceso penal y deba ser declarado por un juez de dicha jurisdicción. Por ello, “su reconocimiento como consecuencia accesoria del delito, a pesar de ser una pretensión distinta a la declaratoria de responsabilidad penal, debe observar un debido proceso para garantizar los derechos del titular del bien, lo que generalmente se realiza a través de un trámite accesorio o incidental”. Como tal, todo procedimiento accesorio o incidental requiere para su existencia la coexistencia de una actuación principal. Es aquí donde la naturaleza del decomiso como consecuencia accesoria presenta su mayor limitación, pues su reconocimiento siempre estará condicionado a la preexistencia de un proceso penal donde se haga declaraciones de responsabilidad de dicha índole. De no existir una pretensión de declaratoria de responsabilidad penal principal, donde se acredite objetivamente la existencia del delito y de donde se pueda inferir su vínculo o nexo de relación entre la conducta típica y antijurídica con el bien, la pretensión de comiso no puede generarse, pues su reconocimiento siempre va a estar condicionado a la preexistencia de una acusación penal; es decir, la pretensión accesoria sigue la suerte de la principal.

En la práctica judicial, son múltiples los casos en los cuales la pretensión de decomiso no alcanza a llegar al debate jurisdiccional, debido a circunstancias de orden sustancial o procesal que impiden que prospere la pretensión penal principal, como serían los casos de prescripción de la acción penal, de renuncia a la misma por aplicación de un criterio de oportunidad, por ausencia o contumacia del acusado, por decisión absolutoria a favor de quien no tiene ninguna relación con los bienes comprometidos con el delito, entre otros, en los cuales resulta imposible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal.

Las anteriores circunstancias, junto con otras particulares de cada legislación, son las que permiten cuestionar la efectividad del decomiso como una consecuencia accesoria del delito, pues si bien esta naturaleza de “sanción sui generis” presenta un importante avance dentro de la evolución, sus alcances y limitaciones no permiten colmar todas las expectativas de política criminal que recaen sobre esta figura, especialmente, frente a necesidades particulares que se presenta en la persecución de delitos complejos, toda vez que las expresiones de la criminalidad actual, especialmente aquella de motivación económica, han puesto en evidencia que no basta con romper la dependencia del decomiso frente a la responsabilidad penal, sino que además, se requiere superar la órbita de relación entre un bien ilícito con el delito investigado en un caso concreto. Incluso, la expectativa de efectividad va más allá, pues se requiere superar también la dependencia de la preexistencia de un proceso penal, constituyendo estos eventos los principales factores que han sustentado los avances actuales del instituto, hacia nuevas formas de comiso ampliado o hacia expresiones autónomas e independientes del proceso penal como los institutos de extinción, pérdida o privación de dominio.

3.- EVOLUCIÓN Y CLASIFICACIÓN

El decomiso no debe confundirse con la “responsabilidad civil” derivada del delito ni con las “penas”, ya que el decomiso persigue remediar un estado patrimonial ilícito surgido como consecuencia de la comisión de un delito. (Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A., 2016). Así lo ha expresado el Tribunal Supremo español en la sentencia 397/2008, al precisar que: *“Incluyen dentro del objeto del comiso las ganancias provenientes del delito, cualesquiera sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito”*.

El decomiso tradicionalmente se dirigía únicamente a los efectos, entendidos como los bienes producidos por la acción delictiva e instrumentos del delito, dejando de lado a los objetos y ganancias, incluso a los objetos que pudieran ser intrínsecamente delictivos o fuera del comercio, además, al no considerar a las ganancias como objeto de decomiso con lo cual se podían generar patrimonios ilícitos sin que el Estado pudiera afectarlos. Ello se advierte del texto original del artículo 102° del Código Penal peruano que a la letra decía: ***“el juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción”***. (Rosas Castañeda , 2019)

De la lectura de este artículo, se puede advertir que tradicionalmente el decomiso solo afectaba al bien directamente relacionado con el delito, de esta manera, si el bien era transformado, se perdía o se mezclaba con bienes lícitos no había en la legislación ningún mecanismo para recuperar estos activos. Finalmente, el decomiso tradicional se vinculaba con el proceso penal, por lo que debía ser declarado en el mismo y solo tras la determinación de la responsabilidad penal del titular de los bienes, por ello, en los supuestos en los que no era posible determinar la responsabilidad penal del sujeto, por muerte, prescripción u otra causal de extinción de la acción penal, no era posible recuperar los bienes relacionados con un delito.

En los últimos años, el tratamiento del decomiso ha variado hasta convertirse en una herramienta de lucha contra la criminalidad organizada que busca cortar el ciclo económico del lucro ilícito. Este impulso transformador viene por la nueva política criminal diseñada por los tratados internacionales. Al respecto, Garrido Carrillo precisa que el decomiso es el medio de lucha eficaz contra la criminalidad organizada y otras formas de delincuencia grave, “pues actúa directamente sobre el patrimonio del crimen organizado y redes criminales, es decir sobre las ganancias de estas estructuras criminales, que son, como sostiene Hassemer, el “talón de Aquiles” de la delincuencia organizada. (Garrido Carrillo, 2019).

Así, se puede advertir que las convenciones internacionales incorporan a las formas clásicas de decomiso de objetos, instrumentos y producto del delito (ganancias, productos directos e indirectos del delito), formas extendidas de decomiso penal, como son el comiso sustantivo o indirecto (cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de decomiso); el decomiso de bienes mezclados (cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas se podrá decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado); el decomiso por valor equivalente (decomiso de bienes cuyo valor equivalga al producto del delito).

En el caso peruano, la legislación en materia de decomiso se ha ido transformado paulatinamente desde el Decreto Legislativo N°982, publicado el 22 de julio del 2007, que amplía el objeto del decomiso a los “bienes, dinero, ganancias o cualquier producto” del delito. Por su parte, la Ley N°30076, publicada el 19 de agosto de 2016, contempla el decomiso de bienes cuando no proceda el proceso de pérdida de dominio de instrumentos del delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo que estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización; también contemplaba el decomiso de objetos del delito intrínsecamente delictivos, en los cuales correspondía su destrucción; se consideró el decomiso de efectos y ganancias del delito, cualquiera hubiera sido su transformación; el decomiso de bienes ilícitos mezclados con bienes lícitos y el decomiso de bienes por valor equivalente. La versión vigente del artículo 102° del Código Penal contempla no solo el decomiso directo de objetos, instrumentos, efectos, ganancias del delito y el decomiso de objetos intrínsecamente delictivos, sino también el decomiso de efectos o ganancias, aunque hayan sido transformados, el decomiso de efectos y ganancias que hayan sido mezclados y el decomiso de efectos y ganancias por valor equivalente.

Nótese que la legislación nacional hacía referencia a la ley derogada de pérdida de dominio y actualmente al proceso autónomo de extinción de dominio, regulado en el Decreto Legislativo N°1373, que constituyen un decomiso civil sin condena, autónomo del proceso penal y que dentro de sus causales contempla un

supuesto de incremento patrimonial injustificado, similar a la figura europea de comiso ampliado.

Bajo esta perspectiva, por influencia de estos tratados internacionales, se han desarrollado tres modelos de decomiso: “i) el clásico decomiso penal, vinculado al proceso penal y dependiente de la determinación previa de la responsabilidad penal del titular de los bienes de origen ilícito; ii) el decomiso civil o sin condena, que no requiere una sentencia penal previa para determinar el decomiso de los bienes de origen ilícito; y, iii) el decomiso ampliado, que parte de una presunción de ilegalidad de los bienes del sentenciado por delitos graves que no puede acreditar el origen de los mismos”. (Rosas Castañeda , 2019)

3.1.- DECOMISO PENAL. -

El decomiso, como advierte Blanco Cordero, se ha tornado en una herramienta fundamental para recuperar bienes de origen delictivo, y tiene una naturaleza claramente penal, pues requiere necesariamente de la intervención de un juez que imponga en una sentencia definitiva la privación de los bienes de origen delictivo a favor del Estado. Tradicionalmente, el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa, solo cuando tras un proceso penal contra el autor del delito se determina su responsabilidad, el juez se encontraba habilitado para pronunciarse sobre los bienes de origen delictivo. (Cordero Blanco, 2012)

Guillermo Jorge precisa al respecto que “el decomiso como sanción penal quedó limitado a los instrumentos del delito y a los objetos del delito”. El decomiso de los “ instrumentos” del delito (*instrumentum sceleris*) asocia físicamente los objetos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que “los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad, por lo tanto, el Estado de impedir que ello vuelva a ocurrir”. El decomiso de los instrumentos del delito es considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado

y que solo puede adoptarse *in personam*, es decir contra el condenado. Mientras que, el decomiso de los “objetos” del delito, *objetum sceleris*, se refiere a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva (el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc.). Tales objetos son normalmente destruidos, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. (Jorge, 2008.)

Este tipo de decomiso se decide en el marco de un proceso penal sobre el bien instrumento, objeto o efecto del delito, donde resulta necesario un previo pronunciamiento de culpabilidad del sujeto vinculado con el bien objeto de decomiso y un pronunciamiento además sobre la relación entre el bien y el sujeto encontrado responsable. En los últimos años, por influjo de los tratados internacionales referidos a la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, el crimen organizado y la corrupción, el “decomiso penal”, aunque mantiene su nexo con la declaración de responsabilidad penal de la persona involucrada con los activos, se ha extendido el decomiso sobre el valor equivalente de bienes del imputado, al decomiso de bienes de terceros, así también en algunos países se ha flexibilizado el estándar de prueba requerido para acreditar la vinculación del bien con la actividad delictiva. (Rosas Castañeda , 2019)

El decomiso penal es una acción que recae sobre la persona, por lo que se requiere de un juicio de culpabilidad previo, una vez establecida la participación penal de un sujeto en determinado delito, entonces se procede al decomiso de bienes envueltos en la acción. (Hasbún, 2018). Sin embargo, en las últimas décadas el decomiso ha sido considerado como una consecuencia accesoria, por lo que los principios que antes regían para su imposición ya no dependen de los clásicos principios para la imposición de una sanción penal, lo que ha permitido la extensión del decomiso a bienes de terceros, el decomiso de bienes de personas jurídicas y decomiso de bienes donde no se pudo aplicar una sanción principal pero donde se evidencia una situación patrimonial ilícita, (Vargas González, 2012), de esta forma se ha ido adoptando otras formas de decomiso, complementarias al decomiso penal, alejándose de la dependencia del principio de culpabilidad.

De esta manera, el Estado pasa a tener la potestad de decomisar no solo los instrumentos del delito sino sus efectos y en general cualquier bien que se haya visto involucrado con el ilícito, sin importar que este, en principio, sea propiedad de un tercero. La nueva configuración del decomiso penal extendido se advierte, en la sentencia SP11015-2016 de la Corte Suprema de Colombia del 10 de agosto de 2016, la cual señala que el decomiso es procedente respecto de los bienes de propiedad del penalmente responsable en los casos que: “ i) provenga o sea producto directo o indirecto del delito; ii) son utilizados o destinados a ser utilizados en los delitos dolosos como medio o instrumento para la ejecución de los mismos; **iii) cuando los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito sean mezclados o encubiertos con bienes de lícita procedencia, en un valor equivalente al estimado como producto del ilícito; iv) sobre la totalidad de los bienes comprometidos en la mezcla de bienes de ilícita y lícita procedencia, o en el encubrimiento de bienes ilícitos, cuando con tal conducta se configure otro delito;** v) cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de los bienes producto directo o indirecto del delito, en un valor equivalente de estos”.

La jurisprudencia ha caracterizado esta institución como una limitación legítima del derecho de dominio “que priva de la propiedad del bien a su titular sin indemnización alguna, por estar vinculado con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión. En virtud de esta figura el autor o coparticipe de un hecho punible, pierde en favor del Estado, los bienes, objetos o instrumentos con los cuales se cometió la infracción y todas aquellas cosas o valores que provengan de la ejecución del delito. En síntesis, tradicionalmente el decomiso supone la privación de la propiedad del derecho de dominio del responsable penalmente sobre bienes que se encuentran vinculados con la infracción objeto de sanción o ser el resultado de su comisión. (Rosas Castañeda , 2019)

3.2.- DECOMISO SIN CONDENA O CIVIL. -

Por influencia del modelo norteamericano, recogido en tratados internacionales, en el Derecho comparado también se da otro tipo de decomiso que no necesita una sentencia penal previa, que persigue al bien y no a la persona. Es el denominado “decomiso sin condena”.

El origen del decomiso sin condena se sitúa en el ámbito anglosajón, en el que tiene ya una larga historia “que se basa en la idea de que los bienes pueden ser responsables de un delito”. Como resultado, las acciones de decomiso civil se dirigen directamente contra el bien, y da lugar a casos con denominaciones peculiares tales como Estados Unidos contra un vehículo, una casa o una cantidad de dinero. Se dice que el decomiso civil tiene una historia que se remonta a tiempos bíblicos, en la doctrina de los “deodands”, cuyo origen se encuentra en un pasaje del antiguo testamento: “si un buey cornea a un hombre o a una mujer y le causa la muerte, el buey será apedreado, y no se comerá su carne, pero el dueño del buey será absuelto” (Éxodo, 21:28). “En la antigüedad era una práctica común ofrecer a Dios un objeto o un animal (deodand) que habían intervenido en la causación de un mal a un ser humano, normalmente la muerte, ya que se creía que el objeto o animal era culpable de su propio comportamiento. Más tarde, los objetos y los animales fueron entregados al señor o Rey en la creencia de que éste proporcionaría el dinero para las misas que decir por el bienestar del alma del difunto causado por aquellos, o para asegurar que el deodand fuera puesto al servicio de la caridad”. (Blanco Cordero, 2012)

La teoría sobre el decomiso civil se desarrolló en el ámbito del Derecho Inglés una vez que finalizaron sus vínculos con la religión. A diferencia de lo que ocurría en los tiempos bíblicos, en los que la ley impedía a cualquiera beneficiarse de la propiedad del culpable, en el Derecho inglés se reconocía que el bien podía ser decomisado por la Corona. De esta manera se convirtió en una fuente de ingresos para la corona, que se justificaba como una sanción por falta de cuidado. A veces el objeto en sí no era decomisado por no haber podido ser localizado, pero su propietario estaba

obligado a entregar su valor. Las leyes Deodand fueron abolidas en Inglaterra a mediados del siglo XIX. (Blanco Cordero, 2012)

En cuanto a los Estados Unidos de América, la tradición del deodand nunca llegó a formar parte de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, este país adoptó una institución inglesa de naturaleza real que recaía específicamente sobre los buques. Como lo habitual era que los propietarios de buques se encontraran en el extranjero, Inglaterra aplicaba sus leyes marítimas con carácter real (in rem) contra los propios buques, lo que permitía al gobierno recuperar algo cuando no podía encontrarse al propietario. Precisamente el sistema de decomiso estadounidense surgió de estas leyes de la marina. El uso de leyes civiles de decomiso en los Estados Unidos se expandió lentamente durante el siglo XIX y, finalmente, tales normas han proliferado en los diversos Estados durante los últimos 40 años como una herramienta en la guerra contra la droga. Y del ámbito anglosajón se han extendido progresivamente a otros países, muy especialmente a los Latinoamericanos, tras la aprobación por Colombia de la Ley de extinción de dominio. (Cordero Blanco, 2012)

En países con tradición del Derecho romano germánico, la compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del debido proceso ha sido examinada en varias oportunidades, y desde diferentes ángulos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La lectura de sus sentencias parece indicar que, lejos de tratarse de una dicotomía insalvable sobre “la naturaleza” del decomiso del producto del delito, “existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos in rem podrían ser compatibles con las garantías fundamentales”. La discusión es especialmente importante en América Latina, donde muchas legislaturas están considerando proyectos legislativos para admitir decomisos “in rem” o civiles, bajo el rótulo de leyes de “extinción del dominio”.

En muchos países latinoamericanos la línea entre el decomiso judicial y la confiscación ejecutiva de bienes no está claramente delimitada. Especialmente en los últimos años, los Poderes Ejecutivos de algunos países latinoamericanos han desempolvado instrumentos cuasi confiscatorios sin siquiera actualizarlos a los estándares del debido proceso. En este contexto, el decomiso civil del producto del delito podría constituir una herramienta que debilite otros aspectos cruciales en la consolidación de los procesos democráticos. (Jorge, 2008.)

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituye el único instrumento internacional vinculante en el que se recomienda específicamente el decomiso basado en la no declaración condenatoria, y contiene determinados mecanismos de cooperación internacional con el fin de imponerlo. (Greenberg, T.; Samuel, L. y Wingate Grant, L. , 2009). En su artículo 54° inciso 1 c) recomienda, “que los Estados consideren la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso de los bienes procedentes de delitos de corrupción sin necesidad de que exista condena penal, cuando el delincuente no pueda ser procesado por razón de muerte, huida o ausencia, o en otros casos apropiados”, lo que se repite en la tercera recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional.

En el contexto español y europeo, según Roig Torres, haciendo referencia a la directiva 2014/42/UE, advierte que la privación de bienes sin condena solo procede para los instrumentos y productos derivados del propio delito, cuando el enjuiciado se encuentre en algún supuesto de enfermedad, rebeldía, fallecimiento, etc., y otras causas de extinción de la responsabilidad penal, es decir, este tipo de decomiso procede como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad para comparecer en juicio. (Roig Torres, 2016). En consecuencia, este tipo de decomiso se da cuando no ha sido posible, por diversas razones, discutir la suerte del bien en el proceso penal donde se determina la responsabilidad penal de los involucrados en el delito, donde el bien ha sido objeto, instrumento o efecto del mismo, o cuando no es posible llevar a cabo ese proceso penal.

En otras palabras, el modelo de decomiso civil sigue vinculado al proceso penal, en tanto resulta subsidiario del mismo, ya que, solo se puede accionar bajo esta vía, cuando por alguna razón (enfermedad, rebeldía, fallecimiento del acusado, u otras causas de extinción de la responsabilidad penal) no ha sido posible resolver en el proceso penal el decomiso de los bienes relacionados con el delito. La legislación española siguió las directivas europeas, adoptando el modelo de decomiso civil subsidiario del proceso penal. De esta manera, el decomiso sin condena o decomiso civil, en la legislación española, se refiere al decomiso de bienes de origen delictivo, cuando la suerte de los bienes vinculados con el delito no ha podido ser discutida en el proceso penal, pues no ha sido posible arribar a una sentencia condenatoria por presentarse alguno de los siguientes supuestos: “ i) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos; ii) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable; iii) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido”.

Así lo expresa Fernández Turuelo, quien explica que la reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgánica 1/2015, ha buscado profundizar la desvinculación del decomiso de los bienes, ganancias y demás elementos relacionados con el delito de la existencia de una sentencia condenatoria. La nueva regulación considera como requisito los supuestos en los que “no medie sentencia de condena” cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trata de alguno de los requisitos antes precisados. (Fernández Turuelo, 2017)

En el Perú, con el Decreto Legislativo N°1104 se adoptó este modelo de decomiso sin condena o civil, conocido como el proceso de pérdida de dominio, el cual era subsidiario al proceso penal, ello quedaba claramente determinado que en su artículo 4° que establecía la procedencia de la acción de pérdida de dominio solo “ a) *Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal*

b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad”. De ello se aprecia que, en principio, la acción principal era la de decomiso en el propio proceso penal y solo subsidiariamente se podía ejercitar la pérdida de dominio para casos en que no era posible ventilar el decomiso en el proceso penal, esta ley fue derogada.

Dentro del decomiso sin condena o civil, otros países, en especial en América Latina, han adoptado una forma autónoma que no depende del resultado del proceso penal, se plantea como un proceso autónomo de carácter real y de contenido patrimonial que incluso puede iniciarse en paralelo al proceso penal donde se discute únicamente la suerte de los bienes que por su origen o destino se vinculan con actividades delictivas, es más así no se haya iniciado proceso penal. Este es el caso del proceso de extinción de dominio.

Cabe observar que el legislador peruano reformó el proceso de decomiso civil o sin condena establecido en el Decreto Legislativo N°1104 de pérdida de dominio, mediante el Decreto Legislativo N°1373, ahora con un nuevo nombre “extinción de dominio”, desvinculando este proceso totalmente del proceso penal.

Santander Abril comentando las legislaciones latinoamericanas de extinción de dominio o decomiso sin condena señala: *“Este enfoque real constituye una de sus principales características, pues su distanciamiento del rito penal, le permite centrar el cuestionamiento en el derecho de propiedad y la persecución de los bienes, y no, en la valoración de la conducta y responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos. Este cambio de perspectiva implica una reorientación de la acción desde el punto de vista de los principios y garantías que le son predicables,*

pues al ser los derechos patrimoniales el eje central de la pretensión de comiso, los principios y garantías procesales se distancian de aquellos que rigen la valoración de la conducta en el proceso penal” (Santander Abril , 2018)

Para Gálvez Villegas, el Decreto Legislativo de Extinción de Dominio N°1373 ha confundido las cosas y ahora prácticamente se considera a la extinción de dominio como la acción principal y solo subsidiariamente se tendría que recurrir al decomiso en el proceso penal. Ello evidencia que el legislador no ha tenido claras las cosas puesto que la acción procede contra bienes vinculados al delito, y es precisamente el proceso penal la sede natural donde se dilucida si un bien o activo está o no vinculado al delito, ya que en el proceso penal se investiga el delito, y allí se conocerá cuál es su objeto, sus efectos y ganancias así como instrumentos, y cuando se han mezclado bienes de origen lícito con los provenientes del delito o los destinados a este. Entonces, iniciado el proceso penal en este debe ejercitarse el decomiso; ejercitar de plano la extinción de dominio sin tener información sobre el delito, realmente sería inconducente y se podría llegar a pronunciamientos contradictorios, como declarar fundada la extinción de dominio por un lado y luego declarar en el proceso penal que el delito no se ha cometido. (Gálvez Villegas, 2019)

Para el autor nacional, si bien la ley de extinción de dominio constituye una necesidad en el marco de la lucha contra la criminalidad, especialmente para privar del producto del delito a sus agentes, respecto a ello, el derogado decreto legislativo N°1104 era bastante explícito; si bien mostraba algunas debilidades, como considerar que solo procedía la acción de pérdida de dominio en casos de delitos en agravio del Estado o no se pronunciaba sobre su aplicación a bienes producidos o generados antes de su vigencia, en general la ley resultaba adecuada y se avizoraba como eficaz, siendo necesario hacerle algunas modificaciones a fin de tener un marco jurídico adecuado para ejercitar el decomiso fuera del proceso penal o Decomiso sin Condena. Sin embargo el legislador sin profundizar a fondo la materia y al parecer solo buscando acercarse a la norma colombiana, la reemplaza con una ley confusa que en muchos casos puede determinar su inaplicabilidad.

En ese sentido se puede establecer que la nueva ley de extinción de dominio muestra las siguientes deficiencias:

✓ Pretende de ampliar el marco de aplicación que había establecido la ley anterior, que se refería solo a casos en que opera el decomiso (objetos, efectos, ganancias e instrumentos del delito y demás casos en que opera el decomiso), en cambio la nueva ley en su artículo 1° precisa que tiene por finalidad garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, con lo cual busca ampliar su marco de aplicación a todos los casos en que se advierta indicios de todo tipo de ilicitud, sea esta penal, civil, administrativa, etc. Sin embargo, al definir dicho marco de aplicación en el artículo I del título preliminar concordante con el artículo III.3.1 que define actividades ilícitas, solo se refiere al igual que la ley anterior, a bienes vinculados a delitos, como lo hemos demostrado en páginas anteriores. Con ello, la presunta razón que se habría tenido para promulgar una nueva ley desaparece; pues, el ámbito de aplicación sigue siendo el mismo.

✓ La ley no establece claramente los casos en que procede, como si lo hacía la ley derogada, que en realidad establecía una acción subsidiaria de la acción de decomiso que debía ejercitarse en el propio proceso penal; ahora con la nueva ley no se sabe a ciencia cierta cuándo opera el decomiso en el proceso penal y cuando la acción de extinción de dominio; ello obviamente, redundará negativamente en la eficacia de ambas acciones.

Para Percy García Cavero, “nuestra legislación actual establece la posibilidad de aplicar a un bien relacionado con el delito las medidas de extinción de dominio y de decomiso, las que producen finalmente la misma consecuencia: la traslación del bien al dominio del Estado”. Es evidente, por lo tanto, que ambas medidas no pueden aplicarse conjuntamente, por lo que se debe establecer cuál de ellas tiene preeminencia sobre la otra. Es de la opinión que, “dicha preeminencia debe recaer sobre la medida del decomiso. Y es que la naturaleza de la extinción de dominio es

claramente la de una medida de recogida, es decir, que su finalidad es permitir trasladar bienes relacionados con el delito que no pudieron ser decomisados, por alguna razón, en el proceso penal”. Eso explica que se contemple la procedencia del proceso de extinción de dominio para los bienes relacionados con el delito que, habiendo estado afectados en un proceso penal, no fueron considerados en la investigación o no fueron objeto de un pronunciamiento de fondo. (García Cavero P. , 2019)

3.3.- DECOMISO AMPLIADO. -

Hay una tercera modalidad de decomiso que se constituye como una herramienta para erradicar el crimen organizado y el terrorismo denominado “decomiso ampliado”, donde no hace falta acreditar la vinculación del bien objeto de decomiso con el delito concreto que se juzga o investiga, aquí resulta suficiente determinar el origen ilícito de este bien y su vinculación con el crimen organizado. En ese sentido, Jeschek y Weigend comentando la legislación alemana señalan que:

Este instituto debe resolver adecuadamente la situación en que al autor le son encontrados elementos patrimoniales sobre cuyo origen, a la vista de la escasa entidad de sus ingresos legales, no cabe sino aceptar que es de carácter delictivo. Por tanto, si se demuestra que el delito cometido por el autor está vinculado al ámbito de la “criminalidad organizada” la confiscación (ampliada) de los beneficios se extienden también a los componentes patrimoniales hallados. (Jescheck, H. y Weigend, T., 2014)

Quintero Olivares, advierte que el fundamento de esta nueva clase de decomiso es que la pertenencia, la organización y la tenencia de bienes de valor desproporcionado respecto a los ingresos legales es suficiente para poder vincular esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de probar la efectiva participación (en sentido técnico penal) del poseedor del bien en un delito concreto. (Quintero Olivares, 2010)

Aquí la prueba se encuentra dirigida a determinar las actividades ilícitas de las que razonablemente provendrían los bienes decomisados. Con lo cual, el

decomiso ampliado no sería una sanción penal, sino un instrumento mediante el cual se pone fin a una situación patrimonial ilícita que se ha dado lugar por la comisión permanente de actividades delictivas. La normativa de la Unión Europea ha precisado que los tribunales pueden disponer esta clase de decomisos utilizando la prueba indiciaria, en especial cuando se comprueba la desproporción entre el patrimonio del que dispone el sujeto y sus ingresos lícitos, o cuando se comprueba que los bienes pertenecen o son utilizados por organizaciones criminales.

Díaz Cabiale explica que el decomiso ampliado consiste en que una vez que se ha condenado por ciertos delitos específicos o bien se ha absuelto por concurrir una eximente y, en su caso, se ha procedido al decomiso directo de los instrumentos y productos de los mismos, también se incautan aquellos otros bienes que se sospecha (ante ciertos indicios) que proceden de otra actividad delictiva salvo que se demuestre su procedencia lícita. Los indicios más relevantes son: desproporción entre el patrimonio y los ingresos lícitos; ocultación de la titularidad a través de sujetos interpuestos o paraísos fiscales; transferencia de los bienes dificultando su localización. (Díaz Cabiale, 2016)

Muñoz Company advierte en esa línea que este decomiso alcanza de forma obligatoria a los bienes, efectos y ganancias que procedan, con base en criterios objetivos fundados, de determinados delitos, siempre que no se pueda acreditar su origen lícito. Lo especial de esta institución es que obliga a los aplicadores del Derecho a que extiendan el decomiso también sobre bienes y ganancias cuya relación con la actividad delictiva del concreto sujeto enjuiciado no queda demostrada de manera cierta. (Muñoz Company, 2015)

Al respecto, Campos Navas señala que el legislador introduce así la desproporción del patrimonio respecto de los ingresos lícitos, como la pertenencia a una organización o grupo criminal, como dos indicios suficientes para acreditar el origen delictivo del patrimonio y, por consiguiente, la procedencia de su decomiso. A tal efecto, se recurre a la prueba indiciaria para establecer el nexo entre los bienes objeto

de decomiso y otras actividades delictivas respecto de las cuales el titular no ha sido condenado, pero que razonablemente se afirma el origen ilícito de estos bienes, salvo que el titular pueda demostrar lo contrario. (Rosas Castañeda , 2019).

En este sentido, el decomiso ya no solo se dirige contra bienes que son considerados como instrumentos, objetos, efectos o ganancias del delito, sino contra bienes por valor equivalente del imputado, bienes de terceros a quienes se transfirió de mala fe y bienes mezclados con activos lícitos, además ya no depende de un proceso penal, ya que a través de la figura del “decomiso sin condena” se pueden perseguir bienes en un procedimiento autónomo sin que sea necesario la condena previa de la persona natural titular de los bienes a decomisar. Finalmente, con el “decomiso ampliado” ya no es necesario acreditar que el bien objeto de decomiso sea un instrumento, objeto, efecto o ganancia del delito, sino basta con determinar que una persona se encuentra vinculada a una organización criminal posee una situación patrimonial ilegal, donde no puede justificar con sus ingresos lícitos el origen legítimo de los bienes a decomisar.

En el Perú, la ley de Extinción de Dominio ha introducido un supuesto que habilita este tipo de acción de carácter real a favor del Estado, en caso de desproporción patrimonial o incremento patrimonial no justificado en origen lícito, así el artículo 7°, inciso 1, literal b) del Decreto Legislativo N°1373, prescribe: *“cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas”*. En ese sentido en su artículo 3°, inciso 11 se define incremento patrimonial no justificado en los siguientes términos: *“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”*.

En efecto nuestra ley de extinción de dominio prevé un supuesto de decomiso ampliado tal como se ha indicado en el párrafo precedente, en tal sentido ya no es necesario acreditar que el bien objeto de decomiso sea un instrumento, objeto, efecto o ganancia del delito, sino basta con que una persona posee una situación patrimonial, donde no puede justificar con sus ingresos lícitos el origen legítimo de los bienes a decomisar. Por lo tanto, al ser un decomiso in rem que recae sobre el bien por su ilicitud en este caso a través de una presunción, obviamente no procederá el decomiso de los bienes sobre los cuales se pueda demostrar su origen lícito, porque no se puede en definitiva afectar el derecho de propiedad como sanción sobre un bien lícito, lo que nos lleva a pensar y cuestionar porque en caso de bienes lícitos mezclados con bienes de ilícita procedencia procede la extinción del bien cuyo origen lícito ha sido acreditado afectando el derecho de propiedad legítimamente adquirido; si lo que se pretende es sancionar la mezcla y por ende proceder contra el bien lícito, se debe probar en grado de certeza que la mezcla constituye un ocultamiento o encubrimiento lo cual constituye en sí otro delito como el blanqueo de capitales o lavado de activos y que debe ser dilucidado mínimamente en el proceso penal, por lo que establecer este supuesto de extinción de dominio fuera del proceso penal, pese a estar íntimamente vinculado a hechos delictivos, constituye una vulneración al derecho de propiedad del bien lícito. Es desproporcional, por cuanto en el propio decomiso penal, en el que se determina el hecho delictivo y la culpabilidad, así como en las convenciones internacionales se prevé que en caso de mezcla se procede al decomiso por el valor de lo ilícito. De ahí que, esta herramienta tan relevante puede ser objeto de abuso por parte de las autoridades, al ser una medida desproporcionada y ciertamente cuestionable.

4.- REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. -

La mayor parte de países cuentan con un sistema tanto de fondo como de forma para la aplicación del decomiso, es decir indistintamente de su naturaleza que difiere de acuerdo su ordenamiento jurídico interno, el destino de los bienes decomisados vinculados al delito pasan a ser propiedad del Estado. En los últimos años el tratamiento del decomiso ha variado convirtiéndose en una herramienta de política criminal que busca la recuperación de activos, este fenómeno ha tenido repercusiones importantes en la figura tradicional del decomiso, como su expansión.

En el Derecho Comparado se ha diseñado dos tipos de decomiso sin condena, el modelo europeo que es subsidiario al proceso penal, cuando por alguna causa no ha sido posible definir la situación de los bienes en ese proceso y el modelo latinoamericano de comiso sin condena plenamente autónomo y paralelo al proceso penal denominado extinción de dominio, que no tiene como presupuestos el esperar el resultado del proceso penal u operar ante los defectos del mismo. Ambos modelos se centran en el bien y no en la persona que cometió el delito y su responsabilidad penal, sino que analiza el origen o destino ilícito del bien. Así tenemos que el decomiso a nivel latinoamericano ha sido tratado de la siguiente manera:

4.1.- LEGISLACIÓN URUGUAYA. –

La Ley Nº18.494 del 5 de junio de 2009, introdujo, siguiendo el modelo español, la conceptualización del decomiso como consecuencia accesoria de la actividad ilícita, mediante la modificación del artículo 63º del Decreto ley 14.294 relativo al tráfico ilícito de drogas, aplicable por remisión al lavado de activos y delitos conexos. La cual fue derogada por la Ley 19574 Ley Integral contra el Lavado de Activos publicada el 10/01/2018. El texto vigente establece que: “El decomiso es la privación con carácter definitivo de algún bien, producto, instrumento, fondo, activo, recurso o medio

económico por decisión del tribunal penal competente a solicitud del Ministerio Público, como consecuencia jurídica accesoria de la actividad ilícita. La providencia ejecutoriada que lo disponga constituirá título de traslación del dominio y se inscribirá en los registros públicos correspondientes”. Este se dispondrá en la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en la ley o delitos conexos.

Respecto a bienes mezclados, materia de la presente investigación, en el artículo 50° inciso d) señala que procede sobre: ***“los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de éstos”***.

Al establecer que se trata de una consecuencia accesoria de la actividad ilícita, se independiza conceptualmente el decomiso de la pena y por ende de una sentencia que declare a un sujeto responsable de un delito. Ello ha permitido extender la medida de decomiso a bienes que pueden no estar directamente vinculados con la infracción penal objeto de enjuiciamiento y habilitar hipótesis de decomiso por valor equivalente, decomiso de pleno derecho o sin condena, en cuatro hipótesis: a) fuga del indagado o imputado, b) desinterés del titular de activos inmovilizados a instancias de la Unidad de Información y Análisis Financiero, c) desinterés del titular de fondos o valores por tránsito transfronterizo no declarado y d) abandono de bienes.

Se establece además el concepto de beneficiario final o decomiso de terceros, para prevenir la frustración de la medida frente a transferencias fraudulentas o por la utilización de personas jurídicas. A diferencia del Código Penal español, no se prevé en la normativa uruguaya la posibilidad de imposición de decomiso en caso de exención o extinción de la responsabilidad penal, aunque al haber quedado la medida desvinculada del principio de culpabilidad y de la imposición de una pena, se deja la puerta abierta para ingresar en el análisis de tales hipótesis. Al momento, lo que corresponde señalar es que la normativa referida se viene aplicando sin mayores

contratiempos, particularmente en jurisdicción de Justicia Especializada en lo Penal en Crimen Organizado.

4.2.- LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Actualmente el artículo 69° inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, considera al decomiso como una pena restrictiva de la propiedad, estando ante la imposibilidad de recuperar bienes hasta que exista una sentencia condenatoria, que en ciertos casos garantiza los principios constitucionales, pero en otros casos no es más que una barrera para frenar con la corrupción.

Tal es así que, que “el decomiso procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito”. No habrá decomiso en los tipos penales culposos, y este se dispondrá por el juzgador en la sentencia condenatoria.

Aunado a ello, en el artículo 69° inciso 2 c) se prevé el decomiso de los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. Respecto a bienes mezclado en el inciso 2 d) se establece que: “*El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado*”.

4.3.- LEGISLACIÓN ARGENTINA

La redacción del artículo 23° del Código Penal Argentino en 1921 establecía: *“La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el Arsenal de Guerra de la Nación”*.

Rodolfo Moreno, explica que el decomiso dentro del Código Penal no es una pena principal, sino una accesoria. Por ser una pena, es necesario que exista una condena dictada contra quien la va a sufrir; como lo decía aquella redacción primitiva del artículo y lo repite el texto actual en su primera parte. Sin embargo con la ley N°26.683 se introdujo la posibilidad de decomisar sin condena penal, respecto de los delitos previstos en el artículo 213°, pero exige la previa comprobación de la ilicitud del origen de los bienes o del hecho material al que estuvieren vinculados y que el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Posteriormente, el poder ejecutivo dictó el Decreto 62/2019 mediante el cual se aprobó el Régimen Procesal de Acción Civil de Extinción de Dominio, que, en realidad, lo que hace es modificar el Código Penal en la materia del decomiso, sin decirlo expresamente. En el mismo, se define la extinción de dominio como: *“el instrumento que permite al Estado tomar la propiedad de bienes derivados de delitos”*, estableciendo la lista de delitos de los cuales puede derivar (terrorismos, secuestro, corrupción, narcotráfico, etc). Se establece como requisito que el juez penal debe dictar medidas cautelares sobre los bienes sospechosos de provenir de delitos. En ese momento, la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado puede iniciar el juicio de extinción de dominio.

En tal sentido podemos decir que a nivel latinoamericano prima el decomiso tradicional, vinculado al proceso penal, sin embargo, las legislaciones de manera progresiva vienen implementando políticas a fin de lograr una verdadera eficacia en la lucha contra los activos ilícitos a través de una nueva reglamentación del decomiso expansiva y especializada, en ese camino Colombia, es el país pionero en implementar el modelo de decomiso sin condena, pero con ciertas particularidades propias a su realidad y ordenamiento jurídico, denominándola como Extinción de Dominio, constituyéndose en una institución constitucional y autónoma. Países latinoamericanos como Perú y Argentina han adoptado este modelo surgido en Colombia, mientras que en otros se debate su implementación, bajo intensos cuestionamientos sobre su inconstitucionalidad al vulnerar garantías procesales y derechos fundamentales como la propiedad.

Aunado a ello, dentro del derecho comparado debe tomarse en cuenta al Sistema Norteamericano, que cuenta con un sistema complejo de recuperación de activos basado en tres pilares, el comiso penal que opera en conjunto con su versión administrativa y civil. El derecho estadounidense no define el decomiso, pero sí su rango de acción, siendo esta: *la propiedad que una persona obtiene o retiene como una consecuencia del delito*. (Hasbún L., 2018)

La configuración administrativa debe permitir una recuperación eficiente de bienes sin necesidad, en principio, de un proceso judicial. La civil debe facultar a la judicatura para desarrollar un procedimiento sobre los bienes presuntamente ilícitos en aquellos casos en que se pueda prescindir de la culpabilidad penal del hechor. Se trata, a su vez, de una forma más expedita de recuperación de ganancias ilícitas sin la amplia batería de garantías constitucionales del proceso penal, pero con mayor protección del sujeto eventualmente decomisado que en el procedimiento de comiso administrativo. (Hasbún, 2018)

Como se advierte el comiso estadounidense se divide en tres categorías: el administrativo, civil y penal. Cada uno tiene una justificación distinta y procedimientos diferenciados. En términos históricos, la institución se remonta al comiso civil, el cual importa una acción sobre la cosa decomisible, por tanto, se denomina acción *in rem*, al igual que el comiso administrativo. Lo anterior es una ficción legal que afirma que la cosa es culpable de un hecho ilícito. El comiso penal, en cambio, es una acción que recae sobre la persona (*in personam*), por lo que se requiere de un juicio de culpabilidad previo. Una vez establecida la participación penal de un sujeto en determinado delito, entonces se procede al decomiso de bienes envueltos en la acción.

No obstante, si bien el decomiso civil o sin condena y la extinción de dominio se aplica *in rem*, dichos bienes no dejan de estar relacionados con delitos expresamente especificados en sus respectivas leyes como en la nuestra, por lo tanto, se relaciona inmediatamente el proceso penal y esta modalidad de decomiso. Con todo, consideramos que para hacer frente al patrimonio criminal el proceso de decomiso sin condena ha de estar disponible. Lo fundamental es que la ley prevea que tras el proceso penal (que puede no haber concluido con una condena) se pueda proceder al decomiso sin condena o que el proceso penal y el proceso de decomiso sin condena avancen de manera paralela. Por lo que la ley debe prever estas situaciones e indicar si admite esta tramitación paralela o no.

Debido a que el decomiso civil o sin condena se activa con la conducta criminal, puede haber instancias en las que la investigación y condena penal chocan o prosiguen en paralelo con la acción de decomiso civil. La mayoría de estas situaciones pueden anticiparse y la legislación debe preverlas. Se deberá establecer si se permitirán los procesos sólo cuando no sean posibles los procesos penales, o si la acción del decomiso sin condena y el proceso penal pueden proseguir en forma simultánea. El enfoque simultáneo es el método preferido. Sin embargo, no es necesario que ambos prosigan al mismo tiempo. Por ejemplo, la ley de decomiso civil o sin condena puede permitir al gobierno o al dueño de los activos, usualmente el acusado en el asunto penal,

buscar una estadía o una prórroga del caso de decomiso hasta que se resuelva la investigación o el caso penal. O la ley podría permitir que el caso de decomiso prosiga junto al penal, pero prevea que la información compulsada del propietario de los activos no pueda emplearse contra él en el proceso penal. En ausencia de algunas protecciones, existe riesgo de que el propietario acusado de los activos pueda quedar imposibilitado de cuestionar la acción de decomiso civil por el temor de incriminarse a sí mismo, o utilizarse el descubrimiento en el caso del decomiso civil para obtener información que entonces sería utilizada para perjudicar el proceso penal. (Greenberg, T., Samuel, L. y Wingate Grant, L. , 2009)

En tal sentido podemos decir que la extinción de dominio no es más que el decomiso sin condena, que surgió originalmente en el *commow law*; se dirige y constituye una sanción contra el bien, es preciso señalar que los referentes internaciones han planteado que este tipo de decomiso podría hacer frente con mayor eficacia la lucha contra el patrimonio ilegal de la criminalidad organizada y la corrupción pero bajo ciertos parámetros a fin de no vulnerar derechos fundamentales, estableciendo los casos específicos en lo que se puede aplicar como cuando por alguna causa no ha sido posible definir la situación de los bienes en el proceso penal, porque el sujeto ha muerto, se ha fugado, ha operado la prescripción o se configura alguna otra causal de extinción de la acción penal; el cual ha sido acogido dentro de los ordenamientos jurídicos de tradición romano germánico, tal es así que en el contexto español y europeo opera de manera subsidiaria en ciertos casos ya establecidos por la comisión europea.

Sin embargo, el proceso de extinción de dominio latinoamericano pese a tener los mismos fines y fundamentos de lucha contra el patrimonio ilícito y hacer frente a la criminalidad organizada y la corrupción establece un proceso totalmente autónomo que puede ser paralelo al proceso penal, que incluso puede existir sin que se haya iniciado un proceso penal, situación contraria incluso a lo que ocurre en los Estados Unidos de América, que establece que el comiso sin condena puede ser paralelo al proceso penal sin embargo otorga cierto grado de subsidiariedad, puesto que la ley dispone que el Juez debe suspender el proceso de decomiso sin condena si

considera que ello puede afectar negativamente la posibilidad de llevar a cabo una investigación o un proceso penal. Además, si el demandado lo solicita, el Juez debe suspender el procedimiento de decomiso sin condena si se determina que: “ a) el sujeto está siendo objeto de una investigación penal; b) que está legitimado para hacer valer un derecho en el procedimiento de decomiso sin condena, y c) la continuación del procedimiento de decomiso perjudicaría su derecho a no declararse culpable en la investigación penal”. (Hasbún, 2018)

El propio Banco Mundial, en su guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena, se muestra favorable a que ambos procesos transcurran de manera simultánea. Ahora bien, sugiere diversas posibilidades para gestionar paralelamente ambos procedimientos. Así, “admite que se pueda solicitar la suspensión del proceso de decomiso sin condena hasta que se resuelva el proceso penal. También que transcurran paralelamente ambos procesos, pero estableciendo legalmente que la información suministrada por el acusado en el proceso de decomiso sin condena no pueda utilizarse en su contra en el proceso penal. De lo contrario, puede ocurrir que el acusado no pueda cuestionar el decomiso sin condena por miedo a auto incriminarse en el proceso penal, o a revelar información que pueda ser utilizada en su contra en el proceso penal”. Sin embargo, contrario a las buenas prácticas recomendadas, nuestra ley de extinción de dominio en su artículo 30° prevé un supuesto de “prueba trasladada”, que “permite que las pruebas practicadas en los procesos penales, civiles, procedimientos administrativos o de cualquier otra naturaleza se trasladan al proceso de extinción de dominio, siempre que cumplan con los requisitos de validez exigidos por la normativa propia de cada proceso o procedimiento”. En tal sentido el decomiso sin condena conforme a las recomendaciones internacionales debe tener un carácter complementario del proceso penal, de cuyos resultados no ha de depender. Pero asimismo es residual respecto del proceso penal, porque deriva del delito, sin embargo, el proceso de extinción de dominio, se ha establecido como un proceso dirigido únicamente contra derechos reales (sobre bienes) que se realiza al margen de la acción penal, es decir se puede iniciar pese a que no exista proceso penal en curso.

Es claro que un país como Colombia gravemente afectado por el narcotráfico y el terrorismo ha tomado medidas extremas a fin de ganar la lucha del Estado contra dichos males endémicos, lo que sin duda ha tenido éxito, tal es así que Colombia al establecer un decomiso sin condena contraviniendo toda la normativa internacional, ha estructurado bases constitucionales para adoptar su institución a través de un reconocimiento constitucional y una ampliación de su alcance no solo a bienes relacionados con el delito. En tal sentido ha constitucionalizado un sub sistema, por tanto, adoptar, el particular decomiso sin condena colombiano implica más que promulgar un decreto legislativo tal como ha sucedido en el Perú con el cual se desconoce principios constitucionales fundamentales y una larga tradición jurídica, más aún cuando el propio decomiso sin condena tradicional recomendado por la comunidad internacional puede ser adoptado en la medida en que sea compatible con los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, no podemos simplemente cambiar de paradigma y pretender que el fin justifique los medios.

5.- DECOMISO DE BIENES LÍCITOS MEZCLADOS CON BIENES ILÍCITOS.

El decomiso tradicional ha variado significativamente, convirtiéndose en una herramienta de política criminal, dirigida a atacar los patrimonios ilícitos. Este fenómeno ha tenido repercusiones importantes en su expansión, incluyéndose nuevas formas de decomiso de bienes de efectos y ganancias mezcladas con activos lícitos.

Al respecto los instrumentos internacionales como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas incorpora las formas extendidas de decomiso penal, como son el decomiso de bienes mezclados, señalando que “cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado”. Regulación que se repite en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En la misma línea la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción regula el denominado decomiso de bienes

mezclados, señalando que, “en el supuesto que el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado”. Además, se regula la posibilidad de que los estados puedan exigir a los detentadores de los bienes la acreditación del origen lícito, en la medida que se garantice los principios fundamentales del Derecho interno y respetando el proceso judicial.

Como se puede advertir tradicionalmente el decomiso solo afectaba al bien directamente relacionado con el delito de esta manera si el bien era transformado, se perdía o era mezclado con bienes lícitos, no había en la legislación ningún mecanismo para recuperar estos activos, lo cual varió a partir de las estipulaciones internacionales que plantean la extensión del decomiso al producto y ganancias y plantea las formas de proceder en casos de transformación y también de mezcla que es el caso que materia de la presente investigación.

Rosas Castañeda señala que además del tradicional decomiso penal o directo sobre objetos, instrumentos y productos del delito, las convenciones internacionales antes mencionadas amplían la regulación del decomiso, sobre bienes transformados y el decomiso de los bienes mezclados con bienes lícitos. Tipos de decomiso que se encuentran relacionados con el decomiso directo o penal, pues resulta necesario conectar estos bienes de manera directa o indirecta con la comisión del delito. (Rosas Castañeda , 2019)

Es preciso mencionar que, si en el caso de mezcla de las ganancias del delito con bienes lícitos, se siguiese un criterio puramente causal, todos los bienes y los derivados de esos bienes se convertirían en efectos del delito, lo cual no sería lo más razonable para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite en el mar. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre que tenga cierta importancia en el conjunto. Lo anterior no rige si los bienes lícitos son utilizados para ocultar o lavar los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso pueden ser también

decomisados bajo la calidad de instrumentos del delito, en este caso del delito de lavado de activos, circunstancia en la que sin duda sigue relacionado al delito y por ende al proceso penal.

El decomiso de los “instrumentos” del delito, asocia físicamente los objetos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. “El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado”.

En los últimos 20 años, la acumulación de capital generado por algunos mercados ilícitos alcanzó tales proporciones que, como se explicó, dio lugar al nacimiento de una nueva forma de decomiso, el decomiso del producto del delito. La convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas incluye las formas clásicas de decomiso de objetos del delito e instrumentos del delito; y, en cuanto al decomiso del producto del delito se incorporan las formas extendidas de decomiso penal, como es el caso de transformación o mezcla. Siguiendo las recomendaciones internacionales, lo que es objeto de mezcla, es el producto del delito y no los bienes comprometidos por destinación ilícita (medio, instrumentos) de ahí que la circunstancia de mezcla se ubica siempre en la fase post consumativa del delito y demanda como primer presupuesto para su reconocimiento, la acreditación previa del producto de una conducta típica precedente o determinante, que se integra a un bien de origen legítimo.

En virtud del principio de legalidad, no se puede hablar de mezcla si se carecen de las pruebas que acrediten la condición de “producto del delito”; por ejemplo, no se hablaría de mezcla si el bien mezclado simplemente carece de una justificación lícita, pues dicha circunstancia tiene sus propios presupuestos y particularidades probatorias que no son reconocidas en todas las legislaciones, y tan solo

excepcionalmente suele contemplarse en algunos países como una forma autónoma de decomiso. En otras palabras, no puede asimilarse la circunstancia de “no justificación” con la de “producto”, pues quebrantaría los principios de legalidad, contradicción y defensa, toda vez que las exigencias probatorias para esta última circunstancia son más altas y concretas.

Como segundo presupuesto, para hablar de mezcla se requiere que el bien que es producto de un delito se integre con un bien de procedencia lícita, de tal manera, que no resulte fácil separarlos a través de una operación sencilla. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público corrupto que integra los ahorros obtenidos a través de largos años de trabajo con el producto de distintos cohechos, generando con ello un solo capital con el cual el funcionario construye una casa; como quiera que el producto final de la mezcla sería el inmueble del cual no se puede saber cuál ladrillo o elemento fue adquirido con el dinero lícito y cuál con el producto del cohecho, se reconocería aquí un caso de mezcla que obliga a la estimación del valor del producto ilícito. De lo contrario, de poder separar los bienes ilícitos de los adquiridos correctamente, simplemente la pretensión de comiso se limitaría hasta el monto del capital ilícito que se puede escindir del capital legal, a menos que concurren elementos de juicio que permitan cuestionar el correcto ejercicio de la capacidad dispositiva sobre el bien, frente a otra circunstancia que algunas legislaciones toman como maniobra de ocultamiento, en la cual los bienes lícitos son utilizados para ocultar aquellos que son producto de un delito.

Los actos de mezcla u ocultamiento donde se utilizan bienes de lícita procedencia para integrarlos con el producto de un delito, también suelen ser abordados desde la perspectiva del comiso de bienes comprometidos en un delito de lavado de activos (bienes objeto del delito), evento en el cual, también resultaría viable la pretensión de decomiso sobre el producto que resulta de la mezcla u el ocultamiento, el cual constituye un todo que puede ser perseguido a través de las circunstancias del decomiso tradicional, pues la pretensión no solo se sustentaría en el cuestionamiento del origen de los bienes productos del delito subyacente, sino que además, los bienes

lícitos también serían pasibles de decomiso, por ser utilizados como medio o instrumento para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Por su parte, la extinción de dominio acoge la circunstancia de mezcla como una causal o presupuesto de extinción plena, desconociendo las recomendaciones internacionales que establecen el decomiso hasta el valor del producto ilícito, asumiendo el resultado de la mezcla entre el bien lícito con el ilícito como un nuevo producto que es pasible de extinción de dominio en su totalidad, con lo cual se transgrede el derecho fundamental de propiedad privada, pues resulta arbitrario por parte del Estado bajo la justificación de que la cosa se encuentra inmersa dentro un patrimonio ilícito extinguir un derecho legítimamente adquirido, más aún cuando incluso en el decomiso penal, en el que se ha acreditado el hecho ilícito y la destinación ilícita del bien, como objeto o instrumento, se establece que : *“Cuando lo efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos bienes”*. Se debe precisar que “la única forma de decomisar ambos bienes es cuando la mezcla haya sido un medio para ocultar o convertir bienes de procedencia ilícita, es decir constituye un instrumento del delito de blanqueo de capitales o lavado de activos, por lo que no puede estar desvinculado de un proceso penal, dado el carácter sancionatorio que recae sobre el bien lícito”.

Por ende, resulta inconstitucional que, vía extinción de dominio, se pretenda extinguir la propiedad legítimamente adquirida, visto que es claramente confiscatorio y quebranta el derecho de propiedad, pues en lugar de prever únicamente la extinción de dominio de los bienes de procedencia ilícita, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con aquellos, sin límite alguno. Si el fundamento es sancionar al titular de los bienes lícitos por consentir esa mezcla o por consentir ese ocultamiento, estaríamos frente a una sanción, por lo tanto, habría que aplicar los derechos y garantías que se insiste en negar. Además, con esto también se deja de lado

lo que prevé la propia normativa de Naciones Unidas en caso de mezcla de bienes lícitos e ilícitos que es la incautación únicamente de los ilícitos hasta por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que la medida lo que busca es acabar con un enriquecimiento injusto y no penar a nadie (ya para eso está la pena de prisión y sus garantías), vulnerando además el derecho constitucional de propiedad.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO DE PROPIEDAD

1.- LA PROPIEDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL. -

En el artículo 2° inciso 16° de la Constitución Política del Perú se ha reconocido que “toda persona tiene derecho a la propiedad”, mientras que en su artículo 70° se ha establecido que “*el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza*”. El reconocimiento del derecho de propiedad aparece también en las normas internacionales. Así en el artículo 21° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se reconoce que “*Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente*”; así también, en la Convención Americana de Derechos Humanos se ha dispuesto que “*Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes*”.

El reconocimiento de la propiedad como derecho constitucional constituye un elemento fundamental en el régimen económico previsto en la Constitución, al punto que el constituyente peruano ha manifestado en el artículo 60° que “la economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad”. En palabras del Tribunal Constitucional, se trata de “uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica” (EXP. N.º 2727–2002–AA/TC, 2003). Sin embargo, no es un derecho absoluto, tal es así que el artículo 70° establece que se debe “*ejercer en armonía con el bien común y*

dentro de los límites de ley”. O como se ha dicho en la Convención Americana de Derechos Humanos, “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.

Precisamente por tratarse de un derecho constitucional plenamente vinculante al poder político, éste tiene el deber constitucional no sólo de no vulnerar este derecho, sino de garantizarlo plena y efectivamente, al punto que se ha establecido que *“a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”*. En este mismo sentido se manifiesta la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando ha reconocido que *“Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”*; y la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer que *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”*.

El derecho de propiedad en el Perú está consagrado en la constitución y desarrollado en el código civil, e interpretado por el Tribunal Constitucional como *“El poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”*. (EXP. N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento 26).

1.1.- CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD. –

La propiedad es la piedra angular del derecho patrimonial. En nuestra legislación, la constitución en su artículo 2.16 se limita a decir que “toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia”. Y más adelante en el artículo 70° manifiesta que “la propiedad es inviolable y fija límites para la expropiación”. Por su parte nuestro código civil vigente de 1984 en el artículo 923° define la propiedad, pero entendida como una suma de facultades. De tal manera que quien es propietario, ostentara los atributos mencionados en el cuerpo normativo.

La doctrina también ha contribuido con sendas definiciones: Así para JORGE EUGENIO CASTAÑEDA, “la propiedad puede ser entendida como el señorío jurídico absoluto sobre una cosa, y aunque se le impongan limitaciones, ellas siempre habrán de ser externas y consistirán en derechos de otras personas o en preceptos de política o de derecho público”. (Ramírez Cruz , 2007)

Para MARCEL PLANIOL Y GEORGES RIPERT: “Es el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida, de modo perpetuo y exclusivo, a la acción y a la voluntad de una persona” (Ramírez Cruz , 2007)

Para que haya propiedad se necesita de alguien que se haya apropiado del bien, a esa persona se le denomina propietario o sujeto activo, quien además ejerce una serie de atributos que la ley le confiere; este podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darles el destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley.

1.2.- DIMENSIÓN SUBJETIVA O DE LIBERTAD DEL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. –

Como todo derecho fundamental, puede también descubrirse en el contenido constitucional del derecho de propiedad tanto una dimensión de libertad o subjetiva, como prestacional u objetiva. (Castillo Cordova, 2005).

En virtud de la primera, se ha de reconocer como contenido constitucional de un derecho fundamental, “un conjunto de facultades de acción y de disposición a favor de su titular, a través de cuyo ejercicio se conseguirá lograr la finalidad del reconocimiento del derecho de propiedad”. En clara referencia a esta dimensión subjetiva, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho de propiedad *“como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, (...) e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”* (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, 2003). Complementariamente, el derecho de propiedad otorga a sus titulares la facultad “para usar y disponer auto determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”.

1.3.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD. –

Sin embargo, el contenido constitucional de un derecho fundamental no se agota con su dimensión de libertad o subjetiva, sino que abarca igualmente una dimensión objetiva, prestacional o social. A través de esta dimensión, y dado el especial significado de los derechos fundamentales, “el poder político se vincula a los derechos fundamentales comprometiéndose a garantizar y favorecer su plena vigencia, adquiriendo con ello una serie de obligaciones, no sólo negativas de no acción, sino

especialmente positivas de acción”. En lo que respecta al derecho de propiedad, es innegable la existencia de esta dimensión y de los correspondientes deberes que de ahí se generan para el poder político.

Todos estos deberes de acción y de no actuación, como no podía ser de otra manera, van en la línea de promover la plena vigencia de un contenido constitucional que, como se verá más adelante, viene bastante afectado por la función social que se ha atribuido al ejercicio del derecho de propiedad. Pues bien, “la defensa y promoción del derecho de propiedad se debe a que se trata de un derecho fundamental cuya dimensión objetiva precisamente obliga al poder político a promover y garantizar su pleno cumplimiento pues a través de ello será posible un más pleno y seguro ejercicio del derecho de propiedad”. (Castillo Córdoba, 2005)

1.4.- PROPIEDAD Y FUNCIÓN SOCIAL

Si se parte de que los derechos fundamentales tienen un contenido constitucional que es único e ilimitable, que se delimita siempre en función de los casos concretos, y sin que en ningún caso pueda reconocerse como parte de su contenido constitucional, alguna facultad o algún deber que suponga a su vez la agresión de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico constitucional, entonces, se deberá admitir que no puede formar parte del contenido constitucional de los derechos fundamentales ninguna circunstancia que resulte contraria al interés general. Por tanto, “el ejercicio de los derechos fundamentales no puede desarrollarse de tal forma que resulte atentatorio al bien común”. Sin embargo, hay derechos fundamentales cuyo ejercicio influye de tal modo en la consecución de ese bien común, que normalmente el Constituyente toma la decisión de regular especialmente su ejercicio. Esto ha ocurrido con el derecho a la propiedad, derecho que, debido a su especial relevancia patrimonial y a su influencia en la economía, ha sido objeto de regulación por la Constitución, en particular su relación con el bien común. Igual circunstancia puede llegar a verificarse con otros derechos fundamentales como el derecho al trabajo, o el derecho a la salud.

Pues bien, “al derecho de propiedad se le reconoce una función social porque su contenido constitucional así lo exige, contenido que se delimita tanto en base a su naturaleza jurídica, como en función a las distintas decisiones del Constituyente recogidas en el texto constitucional”. Obviamente, las decisiones que sobre la propiedad haya podido adoptar el Constituyente dependerá mucho de la concepción que éste tenga de lo que es el bien común y, en particular, por la caracterización que haya hecho de la economía. La concepción de la propiedad variará de modo notorio entre una economía liberal y una economía socialista, y entre estas dos con una economía social de mercado. Así, “en una economía liberal puede que no se reconozca o se reconozca muy reducidamente una función social a la propiedad, en comparación con una concepción casi estatista que podría manifestarse en una economía socialista”. (Castillo Córdova, 2006)

La definición de la Función Social será distinta dependiendo del ordenamiento constitucional en el cual se formule. Obviamente, aquí interesará definir la función social de la propiedad dentro del ordenamiento constitucional peruano. Como se expuso anteriormente, el derecho de propiedad viene recogido en el artículo 2.16 de la Constitución Política. Lo escueto de la disposición constitucional, viene debidamente complementado por otras disposiciones, como aquélla en la que se establece que: *“la economía peruana se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad”*; o aquélla otra en la que el Constituyente ha establecido *“ el deber de ejercer el derecho de propiedad en armonía con el bien común ”*. En esta misma línea, y en aplicación de la norma internacional vinculante para el Perú, se admite que la ley pueda subordinar al interés social el uso y goce que supone el derecho de propiedad. Manifestación de esto último, sin duda, es la previsión constitucional que admite las expropiaciones, siempre que así lo requiera la seguridad nacional o la necesidad pública. Estas son las principales disposiciones del ordenamiento constitucional peruano que ayudarán a definir la función social del derecho de propiedad en una economía.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de manifestarse acerca de la función social que cumple la propiedad. En primer lugar, ha reconocido que “el derecho constitucional a la propiedad tiene una incuestionable connotación económica” (EXP. N.º 0016–2002–AI/TC). A partir de aquí ha admitido que “el funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige” (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC).

Con base en esta especial relación del derecho a la propiedad con la economía nacional, el Tribunal Constitucional ha planteado la significación de la función social de la propiedad. Ha dicho que “no sólo se trata de un derecho del propietario a explotar y aprovecharse para su propio beneficio del bien objeto de propiedad”, sino que es imprescindible que *“el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía”*. En buena cuenta, la función social que es intrínseca al derecho de propiedad obliga al propietario a armonizar su interés personal con el interés social, o al menos, a estar dispuesto a que esa armonización se llegue a dar.

Habiendo quedado clara la función social que está llamado a cumplir el derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional peruano. Se puede afirmar que aquella, “se convierte en uno de los principales elementos que se ha de tener en cuenta al momento de delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental”. Dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, el contenido constitucional del derecho de propiedad tendrá un contenido u otro. En este contexto se ha de interpretar la declaración del Tribunal Constitucional por la cual ha afirmado que *“la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general”* (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC). Es así que se ha de reconocer “que el ejercicio del derecho de propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar

el derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos, con el ejercicio de las restantes libertades individuales y con el bien común”.

Al hablar de límites a la propiedad, se hace referencia a que dichos límites son impuestos por el Estado, con el objetivo de lograr una convivencia social óptima, en la que puedan subsistir varias propiedades colindantes en una zona determinada, o simplemente hacer uso de la propiedad de modo tal que no se afecte a terceros con su uso. Es decir, *“la propiedad no se concibe como aquel señorío en el que uno podía hacer absolutamente todo, incluso destruir el bien si ello se quisiera; debido a que el derecho de propiedad no es absoluto ni irrestricto, sino que debe ejercerse dentro de los márgenes de la ley y cumpliendo una función social”*.

La teoría de hacer de la propiedad lo que le plazca al propietario, incluso dañando a otros, está desfasada debido a que de hacerlo se incurriría en un uso abusivo del derecho. El mencionado ejercicio abusivo del derecho de la propiedad, es incoherente con el Estado Social y Democrático de Derecho en el que vivimos hoy, la propiedad privada no sólo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley.

En el Estado actual se debe respetar tanto la propiedad privada, como el interés social, ambos intereses no deben estar divorciados; muy por el contrario, se deben armonizar. Pues de un lado está el ejercicio abusivo basado en un dogma liberalista, mientras que de otro lado están las doctrinas totalitarias socialistas que niegan la propiedad; y si juntamos ambas no se llega a nada. Es por ello que surge la doctrina de la función social de la propiedad, adoptando de ese modo una justa posición intermedia entre las viejas teorías liberales y las concepciones socialistas, que niegan o restringen hasta extremos inaceptables tan primordial derecho. (COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA Julio Pablo, 2012)

Fue LEÓN DUGÜIT, quien empezó a desarrollar el concepto de función social, por la cual, la propiedad tiene una doble función: “una función individual en la que el privado puede usar su propiedad para su beneficio propio”; y “una función social en la que se establece que estos usos dados a la propiedad deben ser coherentes con el bien común, en el sentido de no dañar a nadie por el uso de su bien”. Ambas funciones deben convivir pacíficamente sin excesos de ningún lado, de tal forma que se logre un equilibrio entre función individual y función social.

El Tribunal Constitucional Peruano también ha seguido los planteamientos Dugüitianos, así en la sentencia 00030-2004-AI/TC60, se deja sentado que “la propiedad posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, de institución objetiva valorativa. Es decir, en nuestra Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones. Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y, por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo”. La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional.

Según LEON DUGÜIT, “la propiedad deja de ser un derecho subjetivo del propietario para convertirse en función social”. Identifica el contenido de la propiedad en función de dos proposiciones:

✓ “El propietario tiene el deber, y por tanto el poder, de emplear la cosa que posee en **la satisfacción de las necesidades individuales**, y especialmente de las suyas propias, de emplear la cosa en el desenvolvimiento de su actividad física, intelectual y moral”.

✓ “El propietario tiene el deber, y por consiguiente el poder, de emplear su cosa en **la satisfacción de necesidades comunes**, de una colectividad nacional entera o de colectividades secundarias”.

La función social de la propiedad es tal que si el propietario de una parcela de maíz, decide quemarla, no le debería estar permitido debido a que, a pesar que probablemente este satisfaga su interés individual; este acto traería como consecuencia hambruna en el pueblo que depende de esa cosecha; por lo tanto, debería impedirse el quemado de la parcela por primar el interés de la colectividad sobre el interés individual. Además, se debería evitar el quemado de la parcela, pues haciendo una interpretación de los hechos en sentido constitucional, la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común.

La primera constitución que se refirió a la función social de la propiedad fue la Constitución de Weimar de 1919, en su artículo 153°, que después de garantizar expresamente el derecho de propiedad, añade: "La propiedad obliga. Su ejercicio debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al bien común" (Cordero Quinzacara E. , 2008). Por su parte la ley Fundamental de Bonn de 1949 estableció un modelo más acabado, heredero de la Constitución de Weimar, el artículo 14° establece que: "Se garantizan la propiedad privada y el derecho de la herencia" así también que: "La propiedad obliga. Su utilización debe servir simultáneamente al bien de la comunidad".

Nuestra constitución no se ha quedado atrás, ya que en el artículo 70° establece que "la propiedad se ejerce en armonía con el bien común", e interpretando el mencionado enunciado el Tribunal Constitucional ha manifestado que "el bien común permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad". (EXP N° 0008-2003-AJ/TC, 2003). En conclusión, de lo dicho anteriormente se debe entender que la "función" no determina una prioridad de fines que el propietario individual debe respetar usando el derecho en su beneficio, sino una verdadera carga

funcional que ordena su actividad hacia la colectividad y que le despoja de prerrogativas personales (CALVO SAN JOSÉ, 2000).

La propiedad no es una función social, en el sentido de que se otorgue el poder sobre la cosa para que mediante su adecuado uso se desempeñe dicha función en beneficio de la comunidad. “La propiedad es un derecho privado, otorgado a su titular para satisfacción de intereses suyos dignos de protección jurídica; otra cosa es que esta satisfacción se cohoneste con las conveniencias de la comunidad, mediante el establecimiento de límites a las facultades del propietario”. (RIVERA BUSTAMANTE, 2001).

1.5.- LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD.

La propiedad, desde una perspectiva ius privatista, se concibe como “el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales. (Pleno Jurisdiccional EXP N°0050-2004-AI/TC, 2004)

Sin embargo, así entendido el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Es por ello que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2° incisos 8 y 16, sino también a la luz de los artículos 70° y 72° de la Constitución, en los que se establece que “la propiedad se limita”. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha dicho que el artículo 70° de la Carta Fundamental prescribe que el derecho de propiedad es inviolable y que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley, entre otras disposiciones. En consecuencia, “no nos encontramos frente a un derecho fundamental de naturaleza absoluta, ya que puede ser objeto de limitaciones, siempre que no se

desvirtúe su contenido esencial o se lo desnaturalice”. (SENTENCIA. EXP. 05131-2005-AA/TC).

En algunas oportunidades esos límites se derivan expresamente de la Constitución, así, el artículo 70° de la carta magna señala que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En otras palabras, tratándose de límites implícitos, corresponde al legislador establecer dichas restricciones, dejando intacto el contenido esencial del derecho fundamental de que se trate. En cualquier caso, el establecimiento de dichos límites debe realizarse conforme a las garantías normativas que la Constitución pudiera haber previsto en relación con un determinado derecho fundamental (EXP. N.º 665-2007-AA/TC). Por ello, *“las limitaciones a la propiedad se dan sin desnaturalizar el contenido esencial de esta, afectando ya sea lo absoluto, lo exclusivo, o lo perpetuo de la propiedad”*.

Al hablar de limitaciones impuestas al derecho de propiedad, estas pueden ser impuestas por interés privado o por interés público, por lo que tratándose de una u otra la regulación se adecuará a cada una de estas variantes, (Bielsa, 1947), tal es así que el código civil regla las relaciones de “vecindad” (interés privado) y el derecho administrativo regla, en esta materia, las relaciones de la “comunidad” (interés público).

Las “limitaciones por interés público” a la propiedad privada, son aquel “conjunto de medidas de índole jurídica, que se adoptan con el propósito de armonizar y compatibilizar el ejercicio de la propiedad privada con las exigencias del interés público, de modo que aquel derecho no sólo no constituya un obstáculo para el logro de ese interés general, sino que, incluso contribuya a él”. Estas limitaciones se dan en beneficio de la comunidad en su conjunto. Entre las limitaciones por interés público podemos ubicar a las limitaciones municipales o urbanísticas, así las zonificaciones se dan con el objetivo de no mezclar actividades incompatibles en una misma zona colindante; como sería el caso de una fábrica de harina de pescado en plena urbanización residencial. Por ello se establece ex ante una zonificación que no es más

que una serie de parámetros sobre qué es lo que se podrá construir en determinado lugar, o mejor dicho que usos se le podrán dar a la propiedad, estableciendo de esta manera zonas exclusivas de vivienda, zonas de comercio y zonas de industria.

Las “limitaciones por interés privado” por su parte se dan en beneficio de un miembro de la sociedad determinado, por lo que de surgir un conflicto este deberá ser resuelto bajo las reglas del código civil, a diferencia del anterior que deberá ser resuelto bajo las reglas del derecho administrativo; estas “tienen efecto únicamente entre privados, como por ejemplo el abstenerse de emitir humos u hollines que molesten a los vecinos; pues se trata de conciliar el derecho de propietarios entre sí”; mientras que las limitaciones de derecho público son aquellas de efectos generales, es decir para un conjunto de personas individualizables o no. Las limitaciones privadas o civiles tienen por fin, hacer compatible el derecho de cada propietario con los intereses de otros sujetos y principalmente con los otros propietarios”. (Villegas Basalvilbaso, 1956). Dentro de las limitaciones a la propiedad, podemos advertir que se establecen normas que prohíben la construcción de inmuebles superiores a cinco pisos en determinadas condiciones como cuando el INDECI, no da el visto bueno para construir una vivienda, en el caso de individuos propietarios de algún negocio, se les exige cumplir con la normativa de defensa civil, cumplir la normativa de salubridad, etc. para realizar una construcción se debe pedir permiso para construir, etc.

➤ **Tipos de Limitaciones por Interés Público. -**

La doctrina distingue las limitaciones públicas; así BIELSA (Bielsa, 1947) manifiesta que “limitación es un concepto genérico, cuyas especies son: a) la restricción, b) la servidumbre y c) la expropiación”.

Por su lado VILLEGAS BASAVILBASO (Villegas Basalvilbaso, 1956) al igual que RODOLFO COMADIRA (COMADIRA, Julio Rodolfo, ESCOLA, Héctor Jorge, COMADIRA Julio Pablo, 2012) realizan la siguiente clasificación: “a)

restricciones, b) ocupación temporánea, c) servidumbre, d) expropiación, e) requisición y f) decomiso”.

Como es de notar sendos juristas toman a la limitación como género y a la restricción como la especie más leve en cuanto a intervención del Estado. Bielsa, no toma a la requisición ni al decomiso como especies de limitación, ya que los considera especies de expropiación (Bielsa, 1947), pues tanto la requisición con el decomiso son formas de privación de propiedad, equivalentes a expropiaciones (lato sensu). La constitución en el artículo 70° hace referencia a limitación; sin embargo, tomando en cuenta la clasificación de las limitaciones arriba expuestas, se trata de un término demasiado general, y tomando el desarrollo que hace BIELSA (Bielsa, 1947) “la limitación es el género, y a las restricciones, servidumbres y expropiaciones son especies”.

Además, el artículo 70° de la constitución hace referencia a privación de la propiedad, entendiendo por privación de la propiedad a la expropiación, por lo que en un mismo artículo nuestra constitución hace referencia primero a limitación en sentido lato y luego a la expropiación que es una especie de limitación. Por lo tanto, se concluye que “cuando la constitución hace referencia a limitación se refiere a restricción y servidumbre, más no expropiación, pues la expropiación tiene su desarrollo separado de las otras limitaciones”. Por consiguiente, la Constitución establece los límites al derecho de propiedad, tanto como restricción, servidumbre y expropiación; sin embargo, hay un punto y seguido, que permite distinguir las figuras distintas, antes del punto se regulan las limitaciones legales a la propiedad y entre ellas podemos diferenciar a las restricciones y las servidumbres. Después del punto se regula la expropiación propiamente dicha.

➤ **Restricciones a la Propiedad. –**

Las “restricciones” a la propiedad “son obligaciones de no hacer o de dejar de hacer, e implican una reducción del carácter ABSOLUTO del derecho de

propiedad”(Dromi, 2004) teniendo en cuenta el interés general, dichas restricciones a la propiedad se dan por el uso normal del bien y afectan el carácter de absoluto de la propiedad, en ningún caso pueden llegar a afectar la exclusividad y la perpetuidad del derecho de propiedad, que en esos aspectos se mantienen incólumes. Al respecto OTTO MAYER manifiesta que “la restricción a la propiedad tiene por punto de partida una debilidad de carácter general inherente a ella” (Mayer, 1951); ello es comprensible puesto que para que exista la propiedad debe tenerse en cuenta también que la propiedad convive con otras propiedades, las mismas que deben estar limitadas para lograr una convivencia pacífica, soportando lo razonable.

Por el contrario, de darse un uso de la propiedad de manera absoluta se viviría en un estado de guerra, una pugna por el mayor ejercicio posible de su derecho de propiedad, en el que todos quisieran ejercerla y nadie podría tenerla. Para la existencia de la propiedad, deben darse necesariamente restricciones, las mismas que de acuerdo a la clasificación de las limitaciones, debe ser mínima y necesaria, sin afectar gravemente el derecho de propiedad, en ese sentido las meras restricciones no merecen el pago de indemnización alguna, pues el daño sería tolerable, y no es un verdadero sacrificio que vaya a asumir el propietario.

La restricción debe ser mínima, por ejemplo: restringir la propiedad colocándose placas en las paredes de los privados que indiquen el nombre de las calles, o colocando buzones y faroles de alumbrado público en los muros de las casas. Al hablar de restricciones no debemos confundir las restricciones propias del derecho privado y las que conciernen al derecho público, así: las restricciones de derecho privado, son aquellas que tienen efecto únicamente entre privados; mientras que las restricciones de derecho público son aquellas de efectos generales, es decir para un conjunto de personas individualizables o no.

Las “restricciones privadas” o civiles “tienen por fin hacer compatible el derecho de cada propietario con los intereses de otros sujetos y principalmente con los otros propietarios” (Villegas Basalvilbaso, 1956), en esa línea, el código civil

vigente regla limitaciones a la propiedad en el artículo 961°, pues limita al propietario, para que este en ejercicio de su derecho se abstenga de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes. Prohibiendo los humos, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias. En el artículo 962° se prohíbe al propietario abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes, pudiéndosele obligar a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios. Así también, el artículo 963° limita la propiedad ordenando a los propietarios guardar las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos si cerca de su lindero construyen horno, chimenea, establo u otros similares con el objetivo de preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos.

Por su lado “las restricciones administrativas” o públicas, tienen como justificante el interés público, en dichas restricciones “los propietarios se encuentran situados frente al poder público; en la que se tiene como beneficiario de la restricción al público o comunidad, a diferencia de las restricciones civiles en las que el beneficiario es el individuo propietario” (Villegas Basalvilbaso, 1956).

La regulación de las restricciones administrativas se da legal o extralegalmente, OTTO MAYER manifiesta que “la restricción administrativa es una calidad inherente a los inmuebles, existe sin ley o aún podría decirse: no hay necesidad de fundamento legal para hacer valer la restricción a la propiedad”(Mayer, 1951). La omisión de un fundamento legal planteada por MAYER es exagerada, debido a que si bien es cierto que para que haya una restricción no es necesaria la emisión de una ley del congreso, (pues ello está previsto para las expropiaciones) esto no quiere decir que se dará al margen de la ley, ya que debe darse a través de una resolución o acto administrativo fundado en ley, respetando siempre el principio de legalidad y el Estado de Derecho. Dentro de las limitaciones a la propiedad, podemos advertir que se

establecen normas que prohíben la construcción de inmuebles superiores a cinco pisos, para realizar una construcción se debe pedir permiso para construir, etc.

➤ **Características:**

- ✓ **Generales Constantes y Actuales.** - Son generales y obligatorias para todos los propietarios en igualdad de condiciones. Son actuales, permanentes, constantes y de vigencia continuada.
- ✓ **Obligatorias.** - Imponen obligaciones positivas o de acción (hacer), y obligaciones negativas o de abstención (no hacer y dejar de hacer).
- ✓ **Variadas.** - al ser limitaciones mínimas que permiten el desarrollo de la vida armónica en la sociedad, no hay una lista cerrada de cuáles serán las restricciones, pues las sociedades cambian al igual que las necesidades. Se tiene el límite de la razonabilidad de la limitación, y no pueden afectar las notas de la exclusividad y perpetuidad del dominio. Es decir, la restricción no puede desmembrar el derecho de propiedad.
- ✓ **No indemnizables.** - Al ser inherentes al derecho de propiedad, y siendo la regulación una potestad del Estado, en este caso la afectación mínima al derecho de propiedad, para el desarrollo de la vida en sociedad no debe ser indemnizada. Sin embargo, por excepción, debería de indemnizarse los perjuicios de la imposición anormal de la restricción. O los daños que culposamente pueda ocasionar la administración al ejecutar los trabajos en que se materializa la restricción (GORDILLO, 2015)

➤ **Servidumbres Públicas.** –

Las “servidumbres administrativas” son “limitaciones a la propiedad que afectan el carácter EXCLUSIVO del derecho de propiedad ya que el Estado

alegando interés general afectara como servidumbre la propiedad de un particular, estas tienen un grado de limitación mayor a las meras restricciones”.

BIELSA la define como “un derecho público real, constituido por una entidad pública, sobre un inmueble de dominio privado, con el objeto de que el inmueble sirva al uso general, con una extensión o dependencia del dominio público”. (Bielsa, 1947).

Por su lado SANTAMARIA manifiesta que “las servidumbres son limitaciones del dominio constituidas sobre un predio particular, en beneficio de otro de dominio público o de utilidad pública” (SANTAMARIA DE PAREDES, 1911). Es de notar que en ambas definiciones no se hable de un predio dominante, ya que, en las servidumbres públicas, a diferencia de las servidumbres privadas (reguladas en el código civil), el beneficiario no es un particular, sino la sociedad; por lo que si se insiste en buscar el predio dominante, esta sería la sociedad, la misma que tiene una obligación pasivamente universal; sin embargo, por ser este un caso excepcional se limita la propiedad, cabiendo la posibilidad de indemnizar al sujeto activo de la relación de propiedad (propietario).

La servidumbre es una afectación a la exclusividad de la propiedad, convirtiéndola en una extensión de la cosa pública. “La imposición de cargas con servidumbre, tiene como una de sus consecuencias el pago de una indemnización al propietario cuyo inmueble tiene la carga, ya que se da una privación parcial de la propiedad (desmembración), y esta debe ser recompensada con la reparación”.

➤ **Expropiación. –**

Como este punto será abordado más adelante, a grandes rasgos se puede decir, que “la expropiación es una potestad del Estado, por medio de la cual se afecta el carácter PERPETUO de la propiedad”. La expropiación se manifiesta en la privación de la propiedad (lato sensu) de manera legítima, como resultado de una lucha dialéctica

entre dos fuerzas totalmente opuestas, por un lado, la potestad del Estado por expropiar determinados bienes con el objetivo de satisfacer las necesidades de interés general; y por otro lado el interés de quienes hasta ese momento son propietarios y no quieren ser desprendidos de su propiedad. (Castillo Cordova, 2005) En el ordenamiento jurídico peruano tiene una consagración constitucional en el artículo 70°, y es ahí donde se fijan las causales exclusivas, *numerus clausus*, para que proceda una expropiación.

2.- LA EXPROPIACIÓN

En el texto constitucional peruano en su artículo 70° se ha establecido que a la regla general de que la propiedad es inviolable, se le puede plantear una excepción. Esta salvedad consiste en que la propiedad podrá ser privada de su titular cuando así lo requiera la seguridad nacional o la necesidad pública. En estas situaciones “el poder político tiene la facultad de privar de su propiedad a un particular, si es que han concurrido los siguientes dos elementos. Primero, que la situación de seguridad nacional o de necesidad pública, así como la conveniencia de la expropiación haya sido declarada por ley; y segundo, que la expropiación se llegue a ejecutar sólo después de pagada la indemnización justipreciada”.

Como ya se dijo, el contenido constitucional de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho de propiedad, se formula siempre en relación a la vigencia de los demás derechos fundamentales y de los bienes jurídico constitucionales. De manera que al derecho de propiedad no se le puede llegar a reconocer un contenido que no permita la vigencia del bien común, concretizado en la seguridad nacional o la necesidad pública. El bien común se ha de tomar en consideración cuando se quiera definir en cada caso concreto el contenido constitucional del derecho de propiedad. En razón de él, puede ocurrir que, en determinadas circunstancias, el propietario de un bien está constitucionalmente obligado a admitir el cambio del bien por otro de equivalente valor económico, es decir,

está obligado a admitir ventas forzosas o actos expropiatorios, siempre que estos se lleven a cabo según el procedimiento establecido constitucionalmente.

Esto ocurre en el caso del ordenamiento constitucional peruano, en el cual se ha reconocido que a nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Así, el contenido constitucional del derecho a la propiedad, se configura de tal forma que es constitucionalmente posible que el contenido de la relación dominal entre dominus y el bien, varíe al variar el bien por otro de igual valor patrimonial.

Debido a la comentada función social de la propiedad, por la que se obliga al titular de la misma a ejercerla en armonía con el bien común, el Constituyente peruano ha dispuesto la posibilidad de que el poder estatal pueda afectar una propiedad (el bien objeto de la propiedad) a la realización del interés social o bien común, con prescindencia del interés individual de su propietario. No cabe duda que este tipo de circunstancias son excepcionales, pero cuando ocurren, deben producirse con plena sujeción a las garantías formales y sustanciales que haya previsto el texto constitucional.

Nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto de manera general los procedimientos para adquirir la propiedad, es decir, los procedimientos para atribuir a alguien el título positivo de dominus. Y lo ha dispuesto de tal manera que tiende a satisfacer de modo general el mayor número de supuestos posibles, pero no siempre todos. De manera que, desde el nivel constitucional, ha tenido que reconocer en qué circunstancias es posible perder ese título positivo de dominus sin importar la voluntad del titular. Así, por ejemplo, se permite embargar bienes para su posterior remate en caso hayan sido dados en garantía para asegurar una deuda incumplida, o en el caso que ahora nos ocupa, transferir la propiedad forzosamente a favor del poder estatal cuando la realización del bien común exige disponer de un bien de titularidad privada. En la expropiación, el titular del bien expropiado ha visto cambiar al margen de su

consentimiento la naturaleza del bien objeto de propiedad. Si inicialmente tenía en propiedad un determinado bien inmueble, luego de la expropiación puede llegar a ser propietario de otro bien inmueble, de un bien mueble o de un monto de dinero que equivalga, lo más posible, al valor patrimonial del bien inicial.

El dominus, sigue siendo dominus, aunque sobre un bien distinto. Este cambio, es requerido para la vigencia conjunta tanto del derecho fundamental a la propiedad como del bien común. El derecho fundamental no es que haya sido sacrificado a favor del bien jurídico (seguridad nacional o necesidad pública) debido a que ambos eran realidades incompatibles; tampoco es que haya ocurrido el aniquilamiento del derecho de propiedad o su sacrificio a favor del bien común. Lo que ha ocurrido es su necesaria transformación en el contenido de la relación dominal, al haber sido sustituido un bien por su equivalente patrimonial, de manera que se hace posible el ejercicio de este derecho fundamental en armonía con el bien común. Y es que “no existiendo por naturaleza para ningún sujeto la necesidad de poseer un bien concreto y singular, el reflejo subjetivo de la institución de la propiedad privada quedará satisfecho con la compensación del patrimonio llevada a cabo mediante el justiprecio”. (Castillo Córdoba, 2006)

De esta manera, advertido que el derecho de propiedad supone la posibilidad de crear relaciones jurídicas con bienes de naturaleza diversa, los cuales pueden ser intercambiables entre sí debido a que pueden ser valorizados económicamente, surge la consideración siguiente: “cuando se trate de expropiar un bien, forma parte del contenido constitucional del derecho de propiedad, que la transferencia obligatoria de la propiedad deba producirse sólo en razón de la seguridad nacional o la necesidad pública determinada a través de una ley, y siempre que se haya pagado previamente el equivalente económico del bien expropiado. Si no se cumple alguna de estas exigencias, es procedente la interposición de la demanda constitucional de amparo en defensa del derecho constitucional de propiedad”.

3.- LA CONFISCACIÓN. -

Esta es la pérdida total del patrimonio de un condenado a favor del Estado, independientemente de si proviene de la comisión de un delito o no. (Cárdenas Chincilla, 2013) “Es un instituto propio de un Estado Absolutista y se encuentra ligada a la responsabilidad penal; su procedencia recae sobre los bienes del condenado y tiene como efecto privarlo de los derechos patrimoniales que detentaba”. (Vásquez Betancur, 2018).

La confiscación en una institución antigua por la cual se privaba de todos los derechos de propiedad y otros derechos reales al afectado con la medida; fundamentalmente se aplicaba contra opositores políticos a quienes se quería inhabilitar en el orden económico. Actualmente, con el avance dogmático de los derechos fundamentales y la consolidación del Estado de Derecho, esta medida ha sido descartada de los ordenamientos jurídicos, habiéndose proscrito tanto en los convenios internacionales, así como en las constituciones estatales. Así, entre otras normas, el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley”. En nuestro país, el artículo 70° de la Constitución implícitamente establece el mismo criterio; incluso al referirse al régimen tributario, establece que ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Con ello queda claro que” ni por ley o por actuaciones de los operadores jurídicos puede privarse el derecho de propiedad de las personas”. Dicho eso, por la ley de extinción de dominio tampoco puede afectarse confiscatoriamente la propiedad. Por lo tanto, “la acción de extinción de dominio solo puede referirse a los casos en que no estemos frente al derecho de propiedad, esto es, en los casos en que estemos frente a los efectos o ganancias del delito (ante la materia de decomiso), así como frente a los denominados instrumentos del delito”. (Gálvez Villegas, 2019)

4.- LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD RESPECTO A LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO.

Aplicando la definición del derecho real a la propiedad, esta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en el sentido jurídico, lo que significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten.

Los romanos concibieron el derecho de propiedad como absoluto, exclusivo y perpetuo, extendiéndose no sólo a la cosa en sí misma considerada sino también a los accesorios, entendiéndose por accesorio todos los frutos y productos. Ese carácter de absoluto o soberano del derecho de propiedad se restringe o limita bien respecto a la misma propiedad privada o de la persona o en interés del derecho público o general, constituyendo ejemplo de estas limitaciones las servidumbres legales o naturales y la expropiación. Es de carácter exclusivo, lo que significa que únicamente el propietario tiene el uso, goce y disposición del bien, por lo que se trata de un derecho oponible a cualquier persona. El derecho de propiedad es perpetuo, se transmite más allá de la vida, perdura en la medida de la existencia de la cosa, porque ella puede transmitirse a los herederos.

Como se ha mencionado en capítulos anteriores, la extinción de dominio es una institución jurídica que nace en Colombia, en un contexto que el país fue azotado por el narcotráfico y el terrorismo, en cuya lucha implementó un nuevo modelo de comiso in rem conocido como el modelo latinoamericano, por cuanto es el referente de expansión en los países de la región en lucha contra el patrimonio de la criminalidad organizada.

Para su implementación la Constitución Colombiana de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda la democracia constitucional (dignidad humana y democracia pluralista) sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los del trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afinó el trabajo como fuente lícita de realización de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.

En este contexto, la regulación del derecho de propiedad está contenido en el Título II, “De los derechos, las garantías y los deberes”. Precisamente en el artículo 58° que señala: ***“La propiedad privada es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”***. Se regula una serie de instituciones como la protección de la propiedad privada y los derechos adquiridos de acuerdo a las leyes civiles, así como la procedencia de la expropiación.

Aparte de ello, en el capítulo I del Título II, se protege el derecho de propiedad mediante la proscripción de la pena de confiscación, no obstante, en el artículo 34° consagra una institución directamente relacionada con el derecho a la propiedad: ***“la declaración de la extinción de dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”***.

Es así como la Constitución de 1991, introdujo significativos cambios a la propiedad, entre ellos:

- ✓ Atribuyó a la propiedad una función social y ecológica.
- ✓ Consagró una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad, que es la declaración extintiva de dominio, a través de ella señaló el efecto producido en el caso de derechos adquiridos sin justo título o sin arreglo a las leyes civiles. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015)

El constituyente dió origen a un conjunto de instituciones relacionadas con la propiedad como la extinción de dominio, la expropiación y la prohibición de la confiscación; figuras que marcan lineamientos para el ejercicio de los derechos subjetivos en punto de los derechos patrimoniales. Lo anterior permite colegir que la propiedad legítima se sustenta bajo tres premisas fundamentales, que son: “ i) la exigencia de licitud del título que lo origina, ii) la función social y ecológica y iii) el sometimiento a razones de utilidad pública o interés social”. De esta manera, la consecuencia del incumplimiento de los dos primeros numerales será la extinción de dominio, así, los cánones 34 y 58 constitucional son fuente germinal de la extinción de dominio y constituyen su fundamento directo e inequívoco a efectos de extinguir el dominio por origen ilícito o destinación según sea el caso, y finalmente de la tercera proposición, sucederá la figura de la expropiación. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015)

En relación con la declaración de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina, hay que indicar que ello es así en cuanto el ordenamiento jurídico solo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir a través de cualquiera de las formas de adquirir el dominio reguladas por la ley civil, siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extiende a quien adquiere el dominio por medio ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.

En relación con la extinción de dominio por incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada, hay que decir que el punto de partida para la acción estatal no está determinado por la adquisición aparente del derecho en razón de la ilegitimidad implícita en el título, pues se está ante un derecho

legítimamente adquirido y por lo mismo protegido por la Constitución y la ley. Lo que ocurre en este caso es que el derecho de propiedad, en el contexto primero de un Estado Social y luego de un Estado Constitucional, impone obligaciones al propietario. Éste tiene una facultad de disposición sobre sus bienes. No obstante, esta facultad tiene límites impuestos por la constitución, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario, sino también de la sociedad que hace parte y a que ese derecho se logre sin ignorar el deber de preservar y restaurar los recursos naturales renovables. Ese es el sentido de la propiedad en cuanto a la función social y ecológica. De allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste de proyectar sus bienes a la producción de riqueza social y del deber de preservar y restaurar los recursos renovables, incumpla una carga legítima impuesta por el Estado y que éste, de manera justificada, opte por declarar la extinción de ese derecho. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015)

El legislador colombiano, no con poca frecuencia, ha acudido a este mecanismo de extinción del derecho de dominio. Ejemplos de ello son la extinción de dominio en materia de propiedad agraria y rural dispuesta por las leyes 200 de 1936, 100 de 1944, 135 de 1961, 4 de 1973 y 9 de 1989; la extinción de dominio de los derechos que los propietarios tenían sobre minas inexploradas consagrada en la ley 20 de 1969 y en el Decreto Ley 2655 de 1988; la extinción de dominio de tierras incultas ordenada por la ley 10 de 1994 y la extinción de dominio privado de las aguas dispuesta por el Decreto 2811 de 1974. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015)

Es preciso tener en cuenta que el constituyente colombiano de 1886 únicamente refirió la expropiación por motivos de utilidad pública como límite al derecho de propiedad, pues hasta entonces el derecho de propiedad conservaba algo del carácter absoluto que le caracterizó en el derecho Romano y de allí que, a parte de ese límite constitucional y de su ejercicio arbitrario contra la ley y el derecho ajeno, su ejercicio no se restringió de otra manera. En estas condiciones, resultaba inconcebible

una institución como la extinción de dominio. Sin embargo, el panorama cambió a partir de 1936, pues entonces el constituyente condicionó el reconocimiento y la protección del derecho de propiedad al cumplimiento de una función social. De acuerdo a ello, en mérito al principio de solidaridad, el derecho de dominio debía orientarse a la generación de riqueza social y su ejercicio legítimo también quedaba condicionado por ello. De allí que, si esta exigencia no se satisfacía, había lugar también a la extinción del dominio. Finalmente, el constituyente de 1991 brindó un fundamento constitucional expreso y directo para extinguir el dominio ilícitamente adquirido, brindando un régimen más amplio, pues no se limitó a suministrar un marco normativo a la hipótesis de extinción de dominio por ilegitimidad del título, en su lugar lo que hizo fue consagrar de manera directa una institución que permita el ejercicio de la extinción de dominio a partir de un espectro mucho más amplio que la sola comisión de delitos, pues la acción procede cuando el dominio se ha adquirido por actos de enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social y ello es así con independencia de la adecuación o no de tales hechos a un tipo penal. (Iguarán Arana, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús, 2015)

Así pues, la extinción de dominio consagrada en la constitución colombiana se fundamenta en relación al derecho de propiedad en dos aspectos: en la legitimidad del título, por cuanto la constitución del 1991 en su artículo 58° señala: ***“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (...)”***. En tal sentido solo se protege los derechos adquiridos de manera lícita, a través de las formas reguladas por la ley civil, por lo que, quien adquiere el dominio por medio ilícitos nunca logra consolidar el derecho de propiedad, llegando a ejercer un derecho aparente, portador de un vicio que lo torna incapaz de consolidarse lo cual habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento, tal es así que en el artículo 34° de la constitución se consagró la extinción de dominio como efecto producido en el caso de derechos adquiridos sin arreglo a las leyes civiles, el cual precisa: ***“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”.

El segundo aspecto en el que se fundamenta, es el incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad privada. Se debe destacar que en este aspecto nos encontramos frente a un derecho legitimante adquirido, sobre el cual recae protección constitucional y legal. Por lo que la extinción de dominio opera como una especie de sanción sobre el bien legitimante adquirido, tal es así que el propio artículo 34 ° de la constitución señala a la extinción de dominio como una excepción a la confiscación precisando que se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, se podrá declarar extinguido el dominio por sentencia judicial en los casos señalados por la constitución y que son desarrollados por el legislador actualmente en el código de extinción de dominio.

Al ser, en este aspecto la extinción de dominio una sanción a la propiedad legitimante adquirida se debe tener en cuenta que la Constitución colombiana desde 1936 condicionó el reconocimiento y la protección del derecho de propiedad al cumplimiento de una función social. En este contexto se imponen obligaciones al propietario, quien tiene facultad de disposición sobre sus bienes, no obstante, dicha facultad tiene límites impuestos por la constitución, límites que se orientan a que tales bienes sean aprovechados económicamente no sólo en beneficio del propietario sino también de la propiedad que hace parte y que ese provecho le logre sin ignorar el deber de preservar los recursos naturales, de allí que cuando el propietario, pese a haber adquirido justamente su derecho, se desentiende de la obligación que le asiste, incumple una carga legítima impuesta por el estado, este procederá constitucionalmente por declarar la extinción e este derecho.

La corte constitucional colombiana en la sentencia C-133/09 señala: “*La propiedad privada ha sido reconocida por la Corte Constitucional como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se*

destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho”. Asimismo, precisa que constituyen límites constitucionales a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación, esta última sería inconstitucional por cuanto la norma superior prohíbe dicho tipo de limitación a la propiedad.

Es preciso señalar que en Colombia el Derecho a la propiedad, es reconocido dentro de los Derechos Civiles y Económicos, y es en merito a que la propiedad es concebida como una función social, que sustentan las limitaciones reconocidas por el Constituyente entre las cuales se encuentra a la extinción de dominio, tal es así que Colombia tiene un amplio avance en materia de extinción de dominio, por cuanto respecto al incumplimiento de la función social de la propiedad cuenta con antecedentes legislativos como fue la Ley 200/1936, en la que se contempló la extinción de dominio por no explotación económica, modalidad que procede cuando el propietario adquiere legítimamente el derecho, pero no demuestra la obligación de explotación en el período determinado por la ley. El no aprovechamiento se sustenta en la carga impuesta de colaborar en la riqueza social, lo cual es un incumplimiento de la función social de la propiedad. Asimismo, la Ley 160/1994 se ocupa de la “extinción de dominio sobre los predios rurales” donde no se dé una explotación económica por un período de tres años continuos, o que su destinación sea cultivos ilícitos. En tal sentido el modelo colombiano a sentado precedentes legislativos amparado constitucionalmente, siendo que en caso de incumplir la propiedad el fin esperado por el estado, este está facultado para extinguir dicho derecho, en virtud a la función social que le otorga constitucionalmente.

Las leyes de extinción de domino antes mencionadas, pueden claramente relacionarse con lo sucedido en la época del nacionalsocialismo en Alemania, el artículo 903° del Código Civil Alemán fue duramente criticado por los

del régimen, toda vez que veían en su seno manifestación clara del liberalismo. En ese sentido, lo que se buscó si bien formalmente no era la desaparición del derecho de propiedad, sí su limitación al máximo o la creación de figuras afines, tal es así que podía privarse de la propiedad (Abmeierung) al campesino por falta de capacidad u honradez, falta de cumplimiento de ciertas obligaciones las cuales son de las más variadas dado que puede ser enfocada respecto al campo (no utilización adecuada), frente al pueblo alemán (orden público) o contra del Estado o de la Volksgemeinschaft (comunidad popular). Dicha figura aplicada en nuestro ordenamiento denotaría una propiedad vaciada de contenido por las obligaciones y limitaciones que tiene. (Mendoza del Maestro, 2013).

En el caso del Perú, si bien nuestro ordenamiento jurídico establece un procedimiento administrativo a través de la Ley N°28667 Ley que declara la reversión de predios rústicos al dominio del Estado, adjudicados a título oneroso, con fines agrarios, ocupados por Asentamientos Humanos. Se entiende que no se ha dado cumplimiento a las condiciones para las que fueron transferidas, cuando las tierras adjudicadas no han sido dedicadas a la actividad agropecuaria, ello puede ser dilucidado a través de la vía administrativa dentro de un proceso civil. Por lo que es preciso tener en cuenta que a diferencia de la Constitución Colombiana en nuestra Constitución se ha reconocido a la Propiedad como un derecho fundamental de la persona, así como un derecho inviolable. Así el Tribunal Constitucional mediante Sentencia correspondiente al EXP. N.º 03258-2010-PA/TC- AMAZONAS establece: *“El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. El derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. De ahí que en el artículo 70.º de la Constitución se reconozca que el derecho de propiedad es inviolable y que el “Estado lo garantiza”.* En tal sentido la propia constitución establece que a nadie puede privarse de su propiedad sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública

declarada por ley, previo pago de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, lo que es conocido como expropiación.

El derecho de propiedad faculta a su titular para “usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando, se ejerza en armonía con el bien común”, por lo que el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que, “a través de su uso, se realice la función social que le es propia”. Es decir, “el Derecho Fundamental de Propiedad reconocido en nuestra constitución es inviolable a nadie puede privársele de él siendo la única excepción la expropiación justipreciada, que incluye además el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos”; en tal sentido a diferencia de Colombia nuestra constitución establece un mayor reconocimiento y protección a la propiedad privada tal es así que hasta el año 1999 la constitución colombiana en su artículo 58° reconocía además de la expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social mediante indemnización previa, la facultad legislativa de determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, por razones de equidad, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, la cual no era controvertible judicialmente. Con lo que constitucionalmente se facultaba a una expropiación sin indemnización en casos de equidad que quedaba a discrecionalidad del legislador, disposición que fue eliminada con el Acto Legislativo 01 de 1999, sin embargo, con el fallo C-18 C-189 de 2006 de la Corte Constitucional, que avaló el artículo 13° de la Ley 2 de 1959, se revalida la expropiación sin indemnización, lo que parece revivir este instituto y este álgido tema, que pese a su muerte judicial parecen renacer (Expropiación sin indemnización, Universidad del Rosario, Colombia., 2009) , lo que en nuestro ordenamiento jurídico es imposible y evidencia que la propiedad privada cuenta con un marco de protección constitucionalmente más amplio.

En nuestra constitución la función social de la propiedad no está tácitamente reconocida, tal es así que no se ha establecido como el caso colombiano que la Propiedad sea una función social en sí misma, sin embargo, el artículo 70° precisa que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y los límites de ley,

siendo el Tribunal constitucional quien señala que, a través de su uso, se realice la función social que le es propia; es decir, la función social es un atributo que no determina su reconocimiento sino que establece restricciones a su uso, la doctrina nacional establece que dichas restricciones o limitaciones no afectan el contenido esencial del derecho fundamental ni su reconocimiento.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N.º 05614-2007-PA/TC, que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: “ a) **un derecho pleno**, en el sentido de que le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; y, b) **un derecho irrevocable**, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende de la propia voluntad del titular y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, salvo las excepciones que prevé expresamente la Constitución Política como es la expropiación”. En consecuencia, el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: **i) estar establecidas por ley; ii) ser necesarias; iii) ser proporcionales**, y iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, **el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución.**

Se debe tener claro que la restricciones o limitación al Derecho de propiedad determinan que el derecho no es absoluto, pero de ninguna manera implican un desconociendo o perdida del mismo; por lo que no afectan el reconocimiento tan solo su ejercicio. Ahora bien, constitucionalmente existe una excepción a la inviolabilidad del derecho, que establece la privación absoluta de la misma, para la cual se requiere la respectiva indemnización, que es la expropiación, siendo esta la mayor limitación al derecho de propiedad. Las restricciones limitan su ejercicio no privan a nadie de su derecho, siendo la única excepción la expropiación, la cual es reconocida constitucionalmente. Así también la función social de la propiedad, resumida en el artículo 33.2 de la Constitución Española, dispone que sean las leyes las que modulen

el derecho de propiedad privada en función de intereses sociales superiores, de manera que puedan limitarse siempre que se mantenga su núcleo esencial. En tales eventos procederá el deber de indemnizar.

5.- EL DERECHO DE PROPIEDAD FRENTE A LA DECLARACIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO SOBRE BIENES MEZCLADOS.

Bajo nuestro marco constitucional, la institución de extinción de dominio respecto de los bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de origen ilícito vulnera el derecho constitucional de propiedad, en tanto implica una sanción respecto a los bienes legítimos que gozan de amparo constitucional, vulnera un derecho adquirido conforme a las leyes civiles al trasladar la titularidad de dichos bienes a la esfera del estado sin indemnización ni contraprestación alguna. Con ello, al parecer se pretende es sancionar la mezcla como acto ilícito, sin embargo ello se circunscribe al ejercicio del ius puniendi del estado, que se ejerce a través del derecho penal, luego de acreditado un delito, para lo cual existe el decomiso, el cual incluso en caso de mezcla señala que procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, y no a través de una acción in rem bajo la cual no se encuentra amparo constitucional, pues el derecho de propiedad es inviolable y las restricciones que establece la función social limitan el ejercicio de la misma, lo que no afecta su núcleo esencial, siendo la única acción real por la cual constitucionalmente se puede privar de la propiedad la “Expropiación”.

Con la nueva ley de Extinción de Dominio el legislador a tratado de copiar el modelo colombiano, y la ley modelo de extinción de dominio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), sin tomar en cuenta que, los instrumentos internacionales invitan a los Estados a fortalecer y/o apostar por la promulgación de institutos jurídicos que permitan recuperar los activos de la criminalidad, sin embargo subrayan que apostar por un camino u otro dependerá de lo

que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno. En tal sentido el legislador no ha evaluado que en Colombia a diferencia del Perú la extinción de dominio es reconocida constitucionalmente como limite la derecho de la propiedad, y como excepción a la prohibición de la confiscación, siendo además la propiedad reconocida constitucionalmente en sí misma como una función social, en tanto el ejercicio de la misma no acorde al interés social faculta al estado al ejercicio de la acción extintiva de dominio, acción que no solo se limita a hechos delictivo, pues el estado Colombiano en merito al reconocimiento de la propiedad como una función social ha previsto la extinción de dominio de tierras agrícolas no cultivadas, entre otros, si bien en nuestro ordenamiento existe un proceso de reversión a favor del estado de predios rústicos, el nuestro se realiza a través de un proceso administrativo, respecto a predios rústicos adjudicados a título oneroso y que puede ser dilucidado agotada la vía administrativa dentro de un proceso civil, por cuanto nuestro ordenamiento otorga a la propiedad privada un marco de protección mayor, reconociéndole la calidad de derecho fundamental inviolable, en el cual la función social que se le reconoce determina que no es un derecho absoluto limitando su ejercicio al bien común, limites que no prevé la privación del derecho.

Incluso en Colombia, donde el propietario, en términos legales más que titular de un derecho subjetivo, es un funcionario de los intereses sociales, el legislador (reivindicando el concepto de la función social) le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales, siendo precisamente en este punto cuando se presentan grandes conflictos socio jurídicos, pues jueces y legisladores, tienen un debate sobre los límites jurídicos de la función social. ¿Hasta dónde puede, realmente, llegar el legislador?, discusión que aún no conoce fin, pues pese a las buenas intenciones de la normatividad colombiana, la flexibilidad de interpretación que permiten ciertos términos de la Ley, ayuda a que se cometan atropellos, en conclusión, la expresión amplia, de contornos ilimitados, “función social” parece poder sustentar todo tipo de argumentos, quimeras y arbitrariedades. (Función Social de la Propiedad, Universidad del Rosario, Colombia., s.f.)

Si bien es cierto, en el caso peruano la constitución establece que la propiedad se ejerce dentro de los límites que establece la ley; no es válido que se creen leyes desproporcionales fuera del marco de protección de la propiedad, de lo contrario, el Estado podría quedarse con los bienes de los particulares mediante el simple recurso de dictar una ley que así lo disponga, borrando de un plumazo el Derecho de propiedad, así como también restableciendo la confiscación de bienes.

Por otro lado, en la Ley de Extinción de dominio, aunque el ámbito de aplicación de la ley habla de actividades ilícitas, está íntimamente vinculado con hechos delictivos, tanto que se circunscribe únicamente a ellos, en tal sentido la regulación prevista para la figura de extinción de dominio dentro del ordenamiento jurídico no es la correcta, con base en lo siguiente: En primer lugar, porque relaciona el instituto de extinción de dominio con la comisión de actividades ilícitas, estableciendo para ello una lista taxativa de conductas en las que debe incurrir el sujeto titular del bien para que proceda la extinción de su patrimonio. Si bien la propia ley establece su carácter real por perseguir los bienes ilícitos, no compartimos esta posición por contemplarse dentro de la normativa que el titular del bien debe cometer alguna de las conductas ilícitas mencionadas por él en grado de probabilidad, conductas que dicho sea de paso corresponden a hechos delictivos, para posteriormente declarar la extinción del patrimonio. Se considera que lo anterior carece de coherencia, ya que si se habla de un proceso de carácter real no debe incluirse dentro de sus requisitos de procedencia la realización de ilícitos penales, debido a que el proceso solo debe ser conocedor de asuntos inherentes a los bienes. Además, para la incautación de patrimonios relacionados con la comisión de delitos ya el Estado cuenta con la figura del decomiso. En tal sentido, si se vincula al instituto de extinción de dominio con el desarrollo de conductas penales, se puede catalogar al anterior como parte del derecho penal, implicando que en su aplicación deban respetarse los principios y garantías propios de este régimen sancionatorio.

Así también, la exposición de motivos de la ley, se sustenta en las deficiencias e ineficacia de las herramientas destinadas a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, lo cual requiere un ordenamiento eficaz, señalando que la figura del decomiso y la ley de pérdida de dominio vinculadas al proceso penal carece de la eficiencia requerida por poseer como requisito para su aplicación que el propietario de los bienes en cuestión sea condenado en sentencia penal. Situación que no se da en la mayoría de los casos tramitados, ya que el proceso penal por constituir un régimen sancionatorio dentro de un sistema judicial garantista debe dotarse de una serie de principios protectores de la persona acusada, como el de *in dubio pro reo*, el cual refiere que en caso de duda en el proceso debe absolverse al imputado; principio por la cual en muchas ocasiones el investigado no solo se libra del cumplimiento de una sanción penal, sino que continúa gozando de todos los bienes obtenidos de sus conductas criminales, por no haberse dictado una sentencia condenatoria en la que se imponga como pena accesoria el comiso de sus bienes. En tal sentido el decomiso penal es bastante limitado en causas complejas, por un lado, al atar el decomiso a la condena respecto de delitos, en procesos que en muchos casos duran años, siendo poquísimos los que llegan a juicio y resultan ínfimos los casos con condena, siendo esta inefectividad multicausal, la complicidad judicial, la falta de recursos y de entrenamiento técnico apropiado y la débil formación ética de los abogados, que, además, operan con un Código Procesal garantista que conspiran contra el recupero de activos bajo el clásico decomiso penal. Por lo que este proceso de extinción de dominio, dentro del cual se afecta bienes lícitos, sería un proceso creado por el estado para poder salvaguardar su ineptitud, dado que el estado tiene que demostrar que bienes son ilícitos y solo sobre esos bienes ilícitos se tiene que ejercer el proceso de extinción de dominio, pero como se le es tan complicado identificar si una mezcla constituye un delito de lavado de activos dentro de un proceso penal que cumpla con las garantías procesales y la debida celeridad, es que de despreocupan ya de demostrar el hecho delictivo a fin de determinar que bienes del investigado se pueden decomisar y proceden contra la totalidad, afectando el derecho de propiedad sobre los bienes lícitos del investigado. Aunado a ello, dado que en el proceso de extinción de dominio la carga de la prueba le corresponde al investigado, bastaría con

que acredite que parte de los bienes son lícitos o han sido originados lícitos, para proteger el derecho que les asiste en tanto la mezcla no sea determinada en sí misma un hecho delictivo dentro de un proceso penal con todas las garantías y que los bienes lícitos constituyan instrumento del delito de lavado de activos.

El criterio colombiano más que jurídico es netamente político criminal, lo que busca es desincentivar aquellas conductas que traten de mezclar ambos bienes, por eso señalan que la mezcla, es una muestra que se trata de ocultar bienes ilícitos, en tal sentido la propiedad no se está usando para los fines que debería, este es un criterio netamente político criminal que no analiza las implicancias dogmáticas y constitucionales que puede tener. Si bien es cierto con ello se pudo haber ocultado dinero ilícito, sin embargo, la parte lícita no deja de haber sido adquirida adecuadamente conforme al bien común, si se ha conseguido cierta propiedad de manera lícita no puede ser que otros bienes de procedencia ilícita hagan que los bienes lícitos cambien automáticamente en ilícitos, porque la ilicitud no viene de los bienes per sé sino de cómo se adquieren. Los bienes ilícitos no vuelven en ilícitos los bienes lícitos.

La figura de la extinción de dominio debe ser analizada desde un punto de vista civil y vincularse necesariamente al negocio jurídico por medio del cual se adquiere el bien en cuestión, debido a que si al momento de efectuar el convenio la causa es transgredida por un vicio de ilicitud, esta situación genera que falte un elemento esencial en la formación del negocio, acarreando su nulidad y no consolidándose ningún tipo de derecho sobre el bien, situación que faculta al Estado a perseguir los patrimonios injustificados e ilícitos.

En el presente caso, la figura de extinción de dominio tiene como objeto todo aquel bien que esté involucrado en un hecho ilícito, por lo que el proyecto de ley brinda una lista taxativa de las causales por las cuales los bienes pueden ser extinguidos, dentro de las cuales, la disposición establecida en su artículo 7.1 inciso c) respecto a bienes mezclados, transgrede el derecho fundamental de propiedad privada,

al indicar que pueden ser objeto de extinción de dominio los bienes de origen lícito mezclados con bienes de procedencia ilícita, siendo arbitrario por parte del Estado, bajo la justificación de que la cosa se encuentra inmersa dentro un patrimonio ilícito, extinguir un derecho legítimamente adquirido, ya que se debe tomar en cuenta que si el bien es adquirido de manera lícita, es decir conforme a derecho, el mismo no puede ser extinguido, porque se violenta un derecho de propiedad consolidado y justificado lícitamente.

III.- MARCO METODOLÓGICO

3.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1.-DE ACUERDO A LA ORIENTACIÓN O FINALIDAD.

La presente investigación es básica, por cuanto conforme Ramírez A, citando a Tamayo sostiene que *“La investigación básica se ayuda en el marco de un ámbito teórico y tiene por fundamental propósito el desarrollo de conjeturas o principios a través de la presentación de amplias generalizaciones; busca el conocimiento para extenderlo”*

Así pues; con nuestra investigación se pretende ampliar los conocimientos del Derecho Penal formulando un aporte esencial, al analizar la Ley de extinción de dominio, específicamente la regulación del Art. 7.1, inciso c) del Decreto Legislativo N° 1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados, basada fundamentalmente en la desproporcionalidad de la referida norma y como vulnera el derecho constitucional de propiedad.

3.1.2.- DE ACUERDO A LA TÉCNICA DE CONTRASTACIÓN.

Por la técnica de contrastación, la presente investigación es de tipo DESCRIPTIVA EXPLICATIVA CAUSAL, por cuanto *“busca elaborar, a partir de un acontecimiento o realidad, un resultado”* (Damián, E.; Andrade, D.; y Torres, J., 2018) debido a que luego de describir la problemática existente en torno a la inclusión en el Decreto Legislativo N° 1373 de una causal de extinción de dominio sobre bienes mezclados, se explicará de qué manera se afecta el derecho constitucional de propiedad sobre los bienes lícitos. Además, es una investigación NO EXPERIMENTAL, o también denominada como investigación ex post facto, término que proviene del latín y significa después de ocurridos los hechos, debido a que no se tiene control sobre la

variable independiente dado que sus estipulaciones y regulación ya ocurrieron, limitándonos a la observación de situaciones ya existentes dada la incapacidad de influir sobre la variable independiente, solamente restando al investigador determinar los efectos jurídicos y plantear soluciones al respecto.

3.2.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Método es el conjunto de procedimientos que permiten abordar los problemas de investigación con el fin de lograr objetivos trazados. Los métodos empleados en la presente investigación fueron:

3.2.1.- MÉTODO CIENTÍFICO.

Siguiendo a Hernández (2001), podemos señalar que el Método Científico *"Es aquel proceso que nos permite describir sucesos, fenómenos, examinar normas legales orientados a identificar argumentos que sustenten acontecimientos en la realidad observable a fin de producir conocimientos que sea necesarios para los hombres"*.

A través del Método Científico, partiendo de la realidad problemática observada y por medio de un proceso ordenado preestablecido de recopilación y análisis de la información recabada hemos llegamos a contrastar la hipótesis, concluyendo que la regulación del artículo. 7.1, inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 relacionado a la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho de propiedad de los bienes lícitos, constituyendo un acto confiscatorio y desproporcional sin fundamento constitucional que lo legitime.

3.2.2.- MÉTODO LÓGICO.

3.2.2.1. MÉTODO ANALÍTICO.

Método utilizado en la presente investigación, al momento del procesamiento de la información recopilada a través de una variada documentación e información, la que, seleccionada, se especializó, determinó y precisó los puntos primordiales, teniendo a lo largo del proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera se utilizó para analizar los resultados obtenidos en la investigación, y sus conclusiones. A través del cual en la investigación se efectuó con un criterio pormenorizado y acucioso, para efectos de la obtención de toda la información requerida, con el fin de enriquecer el marco teórico.

3.2.2.2. MÉTODO HISTORICO.

Conforme Hernández (2011), con el empleo del Método Histórico “*Se estudia un fenómeno en el transcurso del tiempo y nos permite identificar sus cualidades a fin de ser comparadas*”. Este método resulto de gran importancia en nuestra investigación al estudiar del decomiso, así como también la evolución y antecedentes de la extinción de dominio en el Perú, como en el Derecho Comparado.

3.2.2.3.MÉTODO INDUCTIVO – DEDUCTIVO.

Método usado en la recolección de información, así como en la elaboración de los cuatro capítulos que comprenden la fundamentación teórica, al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular como esencia a la doctrina y la legislación comparada.

De igual modo, el método fue empleado en la elaboración de las conclusiones, y recomendaciones, para determinar de manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación, aplicándose el método Deductivo a

partir de verdades previamente establecidas como principios generales que se aplican a casos individuales, comprobando su validez.

3.2.3.- MÉTODOS JURÍDICOS.

3.2.3.1.- MÉTODO DOCTRINARIO.

Conforme Dávalos (2010), la doctrina implica “El análisis del derecho realizado por los estudiosos en dicha ciencia con la finalidad de organizar y ordenar las interpretaciones de las leyes jurídicas”. El Método Doctrinario nos permitió obtener información sistematizada de posiciones, posturas y opiniones, así como estudios y teorías con bases doctrinarias, relacionadas a la extinción de dominio sobre bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de ilícita procedencia de diversos doctrinarios nacionales como extranjeros, cuyos resultados respaldan nuestro marco teórico.

3.2.3.2. MÉTODO EXEGÉTICO

Es un método de interpretación que se utiliza en el estudio de los textos legales y que se centra en la forma en la que fue redactada la ley o regulación por parte del legislador. Se estudia mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje.

Método empleado para lograr procesar, interpretar y explicar lo prescrito por las normas relacionados al tema materia de investigación tanto a nivel nacional como internacional, al tratarse de una norma y un sistema recién implementado.

3.2.3.3.- MÉTODO HERMENEUTICO

Conforme Behar (2008) a través del Método Hermenéutico comprendido como “Capacidad de entender un documento recogiendo ampliamente su esencia en extensión”. Con ayuda de este método analizamos y estudiamos críticamente la doctrina, jurisprudencia, normas internacionales para determinar la vulneración al derecho de la propiedad con la extinción de dominio de bienes lícitos cuando hayan sido mezclados con bienes de procedencia lícita.

3.3.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.3.1. TÉCNICA DE LECTURA:

Se procedió a realizar la lectura de las unidades de análisis seleccionadas con la finalidad de depurar su contenido y elegir al conocimiento que servirá para desarrollar la presente investigación; todo ello mediante el instrumento del raciocinio.

3.3.2. TECNICA DE RECOPIACIÓN DOCUMENTAL.

Se analizó la legislación y doctrina nacional y comparada, en relación al tema, así como las posturas o teorías de los diferentes autores, tanto nacionales como extranjeros; utilizándose como instrumentos guías de observación con los ítems predeterminados en el análisis de la doctrina; a través de buscadores en línea, bibliotecas especializadas, revistas, leyes, proyectos de ley, sentencias, convenciones internacionales, artículos y diccionarios.

3.3.3. OBSERVACIÓN Y ANALISIS DE DATOS.

Técnica empleada para observar atentamente el fenómeno o hecho, materializado en una norma jurídica, tomar información respecto a ella y registrarla para su posterior análisis. Permitió advertir los datos e incidencias de los asuntos propios de la investigación. Contando con la información bibliográfica obtenida, se procedió a aplicar las técnicas que permitieron obtener los resultados a fin de realizar la contrastación y comprobación de la hipótesis.

3.4. POBLACIÓN:

a) Legislación Nacional:

- Decreto Legislativo N°992 que regula el Proceso de Pérdida de Dominio.
- Ley N°29212 que modifica el Decreto Legislativo N° 992.
- Decreto Legislativo N°1104 que modifica la legislación sobre Perdida de Dominio
- Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de dominio
- Decreto Supremo N°007-2019-JUS. Reglamento del Decreto Legislativo N°1373.

b) Normativa internacional:

- Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (VIENA 1988)
- Convenio Europeo sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito (ESTRASBURGO 1990)
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (PALERMO 2000)
- Convención contra La Corrupción (MÉRIDA 2003)
- Recomendación N°4 Del Grupo de Acción Financiera Internacional.

- c) Doctrina nacional y comparada de América Latina.
- d) Legislación comparada de América Latina
- e) Artículos especializados contenida en páginas web.

3.5.- MUESTRA:

| TECNICAS | UNIDAD DE ANALISIS | POBLACION | MUESTRA |
|------------------------|---|-----------|---------|
| Recolección documental | Legislación comparada Colombia México El Salvador Costa Rica Uruguay Ecuador Argentina | X | 7 |
| | Legislación nacional Decreto Legislativo 1373° | X | 1 |
| | Sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-1007 de 2002 C-740 de 2003 s C-133/09 | X | 3 |

3.5.1. Muestreo: Monotápico

No probabilístico: por expertos

a) Muestreo:

La muestra de investigación es de característica Monotápico, al ser no probabilístico porque se ha escogido, la legislación nacional, comparada y 3 sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para analizar, interpretar, fundamentar la regulación del artículo 7.1 inciso c del Decreto Legislativo 1373° prescribe: “(...) *incorporar bienes de procedencia lícita se mezclen con bienes de origen ilícito*”

3.6.- UNIDAD DE ANÁLISIS:

a) Legislación nacional: Artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 Ley de Extinción de dominio, respecto al supuesto que prescribe: “(...) *incorporar bienes de procedencia lícita se mezclen con bienes de origen ilícito*”

b) Legislación Comparada:

- Código de Extinción de Dominio de Colombia
- Ley Nacional de Extinción de Dominio Mexicana

c) Jurisprudencia internacional de la Corte Constitucional Colombiana sobre extinción de dominio sobre bienes mezclados.

IV.- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.

A partir de la investigación efectuada y del análisis jurídico doctrinal de la información que se ha compilado se demuestra la hipótesis planteada al inicio del trabajo de investigación, comprobándose que el inciso c) del artículo 7.1 del Decreto Legislativo N°1373 que establece la extinción de dominio sobre bienes mezclados afecta el derecho fundamental de propiedad de los bienes lícitos, dado que constituye un acto confiscatorio y desproporcional sin fundamento constitucional que legitime extinguir un derecho legítimamente adquirido.

En el presente trabajo de investigación se planteó como materia de investigación, la regulación del artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373, que establece el supuesto de procedencia de extinción de dominio sobre bienes lícitos que se mezclen con bienes de origen ilícito, en tal sentido se desarrolló cada una de las figuras jurídicas que abarca la variable referida.

TABLA N° 1: ANÁLISIS LEGISLATIVO NACIONAL

| | | |
|---|----------------|--|
| Análisis del Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de Dominio | Objeto | Artículo 2°. - “Regular el proceso de extinción de dominio que procede contra todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias cuya procedencia o destino esté relacionado a actividades ilícitas. Para la procedencia también debe observarse el artículo 7, sin importar quien haya adquirido el bien o lo tenga en su poder”. |
| | Delitos | Artículo 1.- “Se aplica sobre todo bien que tiene relación a actividades ilícitas contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, ¡contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada!”. |

| | | |
|---|---------------------------|--|
| | Presupuestos | <p>7.1. “Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes:</p> <p>a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.</p> <p>b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.</p> <p>c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.</p> <p>d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.</p> <p>e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.</p> <p>f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.</p> <p>g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores”.</p> |
| | Procedimiento | <p>Artículo 2.3.- “es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél”.</p> <p>Artículo 2.5. “se declara con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto legislativo”</p> <p>Artículo 2.9. “Admitida a trámite la demanda, corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo”.</p> <p>Artículo 12.- “El proceso goza de dos etapas, una de indagación patrimonial y una etapa judicial”.</p> |
| | Medidas Cautelares | <p>15.2. “Durante la etapa de indagación patrimonial, el Fiscal Especializado está facultado para ejecutar excepcionalmente y por motivos de urgencia, medida cautelar de orden de inmovilización, incautación, inhibición o inscripción sobre cualquiera de los bienes”.</p> <p>15.7. “Las medidas cautelares se solicitan, conceden y ejecutan antes de poner en conocimiento del requerido la existencia de la indagación patrimonial”.</p> <p>15.8. “Una vez ejecutadas las medidas cautelares, se notifica al requerido en el plazo de cinco (5) días hábiles sobre dichas medidas”.</p> |
| Análisis del Decreto Legislativo | Objeto | Artículo 2.1. “La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso”. |
| | Delitos | Artículo 2.2. Se aplica cuando se trate de los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado. |

| | | |
|--|----------------------------------|---|
| <p>N°1104 sobre de Pérdida de Dominio</p> | <p>Presupuestos</p> | <p>Artículo 4°.- “procede cuando se presume que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos referidos en el artículo 2° del presente Decreto Legislativo y cuando concurren alguno o algunos de los supuestos:</p> <p>a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal. b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito. c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción. d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad. En los demás casos no previstos en los incisos anteriores, se aplicarán las competencias, mecanismos y procedimientos contemplados en las normas sobre incautación o decomiso de bienes. 5.3. Asimismo, procede sobre bienes de origen lícito que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con alguno de los bienes mencionados en los párrafos anteriores, en cuyo caso se presumirá su ilicitud”.</p> |
| | <p>Procedimiento</p> | <p>Artículo 7°.- “es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro”.</p> <p>Artículo 13.- “goza de dos etapas, una de investigación preliminar y una de actuación judicial”.</p> <p>9.2. “La carga de la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso, le corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda”.</p> |
| | <p>Medidas Cautelares</p> | <p>12.1. “El Fiscal, de oficio o a pedido del Procurador Público, podrá solicitar al Juez competente las medidas cautelares que considere más adecuadas para garantizar la eficacia del proceso de pérdida de dominio sobre los objetos, instrumentos, efectos y ganancias de los delitos señalados en el artículo 2° y en los supuestos del artículo 4° del presente Decreto Legislativo”</p> <p>12.5. “Las medidas cautelares podrán solicitarse, concederse y ejecutarse incluso antes de poner en conocimiento de los posibles afectados el inicio de la investigación establecida en el artículo 11° del presente Decreto Legislativo. Las medidas dispuestas en el proceso penal mantendrán su eficacia hasta que el Juez del proceso de pérdida de dominio disponga lo Pertinent”.</p> |
| <p>Análisis de la Ley N° 29212</p> | <p>Objeto</p> | <p>Artículo 1.-“La pérdida de dominio establece la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia: Ilícita, en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna”.</p> |
| | <p>Delitos</p> | <p>Artículo 2.a.- “Bienes vinculados a delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o lavado de activos derivado de la comisión de los delitos anteriormente señalados”</p> |

| | | |
|---|---------------------------|--|
| | Presupuestos | <p>Artículo 2º. –“Se inicia la investigación para la declaración de pérdida de dominio, cuando los bienes o recursos hubieran sido afectados en un proceso penal:</p> <p>a) En el que los agentes estén procesados por los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o lavado de activos derivado de la comisión de los delitos anteriormente señalados; o tratándose de estos delitos se haya archivado el proceso penal por cualquier causa y se trate de bienes intrínsecamente delictivos o cuando no se haya desvirtuado la obtención ilícita de aquellos.</p> <p>b) Los bienes o recursos afectados en un proceso penal que provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita; o de la enajenación de otros de origen ilícito; p hayan sido destinados a actividades ilícitas, vinculadas a uno de los delitos precisados en el inciso a).</p> <p>c) Los derechos y/o títulos afectados en un proceso penal que recaigan sobre bienes de procedencia lícita, que hayan sido utilizados o destinados dolosamente por sus titulares para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia, vinculados a uno de los delitos precisados en el inciso a)”.</p> |
| | Procedimiento | <p>Artículo 5º.- “El proceso es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita como proceso especial, constituyendo una acción distinta e independiente de cualquier otra. Procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independientemente de quien ostente la posesión o la propiedad. También procede la pérdida de dominio sobre derechos y/o títulos, respecto de los bienes objeto de sucesión intestada o testamentaria”.</p> <p>Artículo 11.- “El proceso goza de dos etapas, una de investigación preliminar y una de actuación judicial”.</p> |
| | Medidas Cautelares | <p>Artículo 10º.- “Durante la investigación y desde su inicio, el Fiscal, de propia iniciativa o a solicitud del Procurador Público, podrá solicitar al Juez competente las medidas cautelares sobre los bienes muebles o inmuebles objeto del proceso, tales como secuestro y/o incautación, aseguramiento e inhibición, así como la retención de dinero que se encuentre en el Sistema Financiero. Las medidas cautelares, incluso, podrán ejecutarse antes de poner en conocimiento de los posibles afectados el inicio del proceso. Una vez trabada la medida cautelar, debe presentarse la demanda dentro de los quince (15) días; de no ser así, pierde su efecto”.</p> |
| Análisis del Decreto Legislativo N°992 que Regula el Proceso de Pérdida de Dominio | Objeto | <p>Artículo 1.- “La pérdida de dominio constituye la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. No es necesario que las actividades ilícitas que produjeron los efectos, sean dinero, bienes, ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal y los objetos o instrumentos utilizados para su comisión, se encuentren sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido materia de sentencia condenatoria”.</p> |
| | Delitos | <p>Artículo 2.- “Que atenten contra la salud pública; el orden público; el orden económico; el orden financiero, monetario y tributario; el medio ambiente; el patrimonio; el Estado y la defensa nacional, los poderes del Estado y el orden constitucional; la seguridad pública; la libertad personal, la libertad sexual y la administración pública”.</p> |
| | Presupuestos | <p>Artículo 2º.- “Procede en lo siguientes supuestos:</p> <p>a) Cuando los bienes o recursos hubieren sido afectados en un proceso penal, en el que, los agentes son miembros de una organización criminal o incurrir en la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, y trata de personas; o cuando no se hubiese tomado sobre ellos</p> |

| | | |
|--|---------------------------|---|
| | | <p>una decisión definitiva; o, se haya archivado el proceso penal por cualquier causa y no se haya desvirtuado la obtención ilícita de aquellos, prescindiendo de la responsabilidad penal.</p> <p>b) Cuando el valor de los bienes que haya dado lugar a un desbalance patrimonial y otros indicios concurrentes produzcan un grado de probabilidad suficiente respecto a su origen ilícito, en una investigación preliminar o en un proceso judicial.</p> <p>c) Los bienes o recursos habidos provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita o de la enajenación de otros de origen ilícito; o hayan sido destinados a actividades ilícitas; o, sean producto, efecto, instrumento u objeto de la actividad ilícita.</p> <p>d) Los derechos y/o títulos que recaigan sobre bienes de procedencia lícita, que hayan sido utilizados o destinados para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia”.</p> |
| | Procedimiento | <p>Artículo 6°.- “El proceso es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial y se tramita como proceso Especial. Procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independiente de quien ostente la posesión o la propiedad. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra”.</p> <p>Artículo 13.- “El proceso goza de dos etapas, una de investigación preliminar y una de actuación judicial”.</p> |
| | Medidas Cautelares | <p>Artículo 12°.- “En el desarrollo de la fase inicial, el Fiscal y/o el Procurador Público podrán solicitar al Juez Especializado en lo Penal las medidas cautelares sobre los bienes muebles o inmuebles objeto del proceso tales como secuestro y/o incautación, aseguramiento e inhibición, así como la retención de dinero que se encuentre en el Sistema Financiero. Se podrá solicitar la anotación de la medida respectiva donde corresponda. Asimismo, podrán solicitar al Juez Especializado en lo Penal la autorización para la enajenación de los bienes perecibles. Las medidas cautelares incluso podrán ejecutarse antes de poner en conocimiento de los posibles afectados, el inicio del proceso”.</p> |

Fuente: Elaboración Propia

De la evolución legislativa de la norma, se evidencian que la Extinción de Dominio se implementa en nuestro ordenamiento jurídico como una “herramienta de política criminal dirigida específicamente contra bienes y fortunas adquiridas como producto de actividades ilícitas reprochables por el ordenamiento jurídico, que consiste en trasladar a la esfera del estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas, sin indemnización ni contraprestación alguna, ello a través de una sentencia declarativa, a través de un proceso autónomo e independiente del proceso penal”.

Conforme a sus efectos y ámbito de aplicación nos encontramos frente a la misma institución del decomiso penal tradicional, sin embargo se marca una diferencia, al tramitarse en un proceso autónomo, es decir no se requiere que exista una condena penal por un hecho delictivo para proceder contra los bienes del investigado, ni siquiera un proceso penal en trámite, dicha autonomía e independencia se sustenta en que nos encontramos frente a una institución de naturaleza real y patrimonial, que no se dirige como sanción contra la persona sino que recae contra los bienes de origen o destino ilícito, es decir estamos frente a una acción in rem, sin embargo resulta contradictorio que si bien se trata de desvincular el proceso de extinción de dominio, de la comisión de hechos delictivos, prescindiendo del proceso penal; en el propio decreto legislativo se establezca como ámbito de aplicación de dicha norma, una lista taxativa de delitos; en tal sentido, si el objeto de la acción es distinto al aplicarse únicamente respecto de derechos reales al margen de la acción penal, resulta desproporcional que habiéndose señalado como ámbito de aplicación una lista de delitos, se inicie un proceso independiente sin siquiera haberse acreditado a nivel de injusto un hecho delictivo que vincule al bien como objeto, instrumento, efectos o ganancias del mismo.

Si bien, el ámbito de aplicación de la ley habla de actividades ilícitas, no deja de estar íntimamente vinculado con hechos delictivos, tanto que se circunscribe únicamente a ellos, por lo cual la regulación prevista para la figura de extinción de dominio dentro del ordenamiento jurídico no es la correcta, pues esta se relaciona con la comisión de hechos delictivos en las que debe incurrir el sujeto titular del bien para que proceda la extinción de su patrimonio, ello pese a que la propia ley establece su carácter real por perseguir los bienes ilícitos. Lo que carece de coherencia, ya que si se habla de un proceso de carácter real no debe incluirse dentro de sus requisitos de procedencia la realización de ilícitos penales, debido a que el proceso solo debe ser conocedor de asuntos inherentes a los bienes. Además, para la incautación de patrimonios relacionados con la comisión de delitos ya el Estado cuenta con la figura del decomiso. Por lo que, si se vincula al instituto de extinción de dominio con el desarrollo de conductas penales, se puede catalogar al anterior como parte del derecho

penal, implicando que en su aplicación deban respetarse los principios y garantías propios de este régimen sancionatorio.

TABLA II: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

| DERECHOCOMPARADO | | | |
|-------------------------|---|---|--|
| PAÍS | CONSTITUCIÓN | LEY | CAUSALES DE PROCEDENCIA |
| COLOMBIA | <p>Extinción de Dominio Artículo 34º: “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”.</p> <p>Derecho de Propiedad Artículo 58: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.</p> | <p>Código de Extinción de Dominio Ley N°1708</p> | <p>Artículo 16.- “Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita. 2. Correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción. 3. Provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas. 4. Formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas. 5. Hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas. 6. De acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas. 7. Constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes. 8. De procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita la procedencia. <p>9. De procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.</p> <ol style="list-style-type: none"> 10. De origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa. 11. De origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos”. |
| | <p>Extinción de Dominio Artículo 22º: “Quedan prohibidas las penas de muerte, (...) la confiscación de bienes (...). No se considerará confiscación (...)</p> | <p>Ley Nacional de Extinción de Dominio</p> | <p>Artículo 7. “Procederá sobre aquellos Bienes de carácter patrimonial cuya Legítima Procedencia no pueda acreditarse, en particular, Bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, sin perjuicio del lugar de su realización, tales como:</p> |

| | | | |
|---------------|---|--|---|
| <p>MÉXICO</p> | <p>la aplicación a favor del Estado de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de La Extinción de Dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: i) Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal; ii). Procederá sobre bienes cuya legítima procedencia no pueda acreditarse y se encuentren relacionados con investigaciones derivadas de hechos de corrupción, delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas”.</p> <p>Derecho de Propiedad Artículo 27. “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”.</p> | | <p>a) Bienes que provengan de la transformación o conversión, parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de hechos ilícitos a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 22 de la Constitución.</p> <p>b) Bienes de procedencia lícita utilizados para ocultar otros Bienes de origen ilícito, o mezclados material o jurídicamente con Bienes de ilícita procedencia;</p> <p>c) Bienes respecto de los cuales el titular del bien no acredite la procedencia lícita de éstos;</p> <p>d) Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los Bienes descritos en las fracciones anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento o aprehensión material;</p> <p>e) Bienes utilizados para la comisión de hechos ilícitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo, y VI. Bienes que constituyan ingresos, rentas, productos, rendimientos, frutos, accesorios, ganancias y otros beneficios derivados de los Bienes a que se refieren las fracciones anteriores”.</p> |
|---------------|---|--|---|

| | | | |
|---------------------------|---|---|--|
| <p>EL SALVADOR</p> | <p>Derecho de Propiedad. ARTICULO 103.- “Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.</p> | <p>Decreto Legislativo N°534 – “Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita”.</p> | <p>Art. 6.- “Son presupuestos de la procedencia cuando se trate de bienes: a) Que sean producto directo o indirecto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas realizadas en el territorio nacional o en el extranjero; b) Que provengan directa o indirectamente de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas; c) Que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas; d) De procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que han sido mezclados con bienes de origen ilícito; e) Declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita; f) De origen lícito cuyo valor sea equivalente a los bienes que se encuentran considerados dentro de los presupuestos de los literales anteriores y no haya sido posible su localización, incautación o aplicación de cualquier otra medida cautelar; g) De origen lícito pertenecientes a la persona contra quien se ejerza la acción de extinción de dominio, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los literales anteriores y se haya acreditado sobre estos el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, conforme a la presente ley; h) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirectamente en actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del delito; i) Cuando los bienes y recursos investigados hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa”.</p> |
| <p>COSTA RICA</p> | <p>Derecho de Propiedad ARTÍCULO 45.- “La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la</p> | <p>No se ha promulgado La Ley de Extinción de Dominio., Se cuenta con el Decomiso vinculado al proceso penal para la recuperación de activos de origen y destinación ilícita</p> | <p>No prevé causal de decomiso sobre bienes lícitos cuando se han mezclado con bienes de procedencia ilícita.</p> |

| | | | |
|----------------|---|--|---|
| | Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social”. | | |
| URUGUAY | <p>Derecho de Propiedad Artículo 32.- “La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda”.</p> | <p>No se ha promulgado Ley de Extinción de Dominio, Se cuenta con el Decomiso vinculado al proceso penal para la recuperación de activos ilícitos, con la Ley N°18494, modificada por la Ley N.º 19.574, contra el lavado y activos y el financiamiento al terrorismo, se ampliaron modalidades sus modalidades factuales.</p> | <p>Artículo 50 (Ámbito objetivo). “En la sentencia definitiva de condena por alguno de los delitos previstos en los artículos 30 a 33 de la presente ley o cualesquiera de las actividades delictivas precedentes establecidas en el artículo 34 de la presente ley, el tribunal penal competente dispondrá, a solicitud del Ministerio Público, el decomiso de: A) Los estupefacientes y sustancias psicotrópicas prohibidas que fueran incautadas en el proceso. B) Los bienes o instrumentos utilizados para cometer el delito o la actividad preparatoria punible. C) Los bienes y productos que procedan del delito. D) Los bienes y productos que procedan de la aplicación de los provenientes del delito, comprendiendo: los bienes y productos en los que se hayan transformado o convertido los provenientes del delito y los bienes y productos con los que se hayan mezclado los provenientes del delito hasta llegar al valor estimado de estos. E) Los fondos, activos, recursos, medios económicos o ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes del delito”.</p> |
| ECUADOR | <p>Derecho de Propiedad Artículo 30. “La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo”.</p> | <p>No se ha promulgado Ley de Extinción de Dominio, Se cuenta con el Decomiso vinculado al proceso penal para la recuperación de activos ilícito estableció en el artículo 69º inciso 2) del Código Orgánico Integral Penal.</p> | <p>Artículo 69, inciso 2) “El comiso penal procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de: a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible. b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal. c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal”.</p> |

| | | | |
|-------------------------|---|---|--|
| <p>ARGENTINA</p> | <p>Derecho de Propiedad Artículo 17. “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie”.</p> | <p>Decreto N° 62/2019 Régimen Procesal de Acción Civil de Extinción de Dominio, que la define como el instrumento que permite al estado tomar la propiedad de bienes derivados de delitos.</p> | <p>ARTÍCULO 5.- “Estarán sujetos al presente régimen aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados en el artículo siguiente. Quedarán abarcados:</p> <p>a. Todo bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, registrable o no, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad u otros derechos sobre los bienes mencionados, o cualquier otro activo susceptible de apreciación pecuniaria;</p> <p>b. La transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en el inciso anterior;</p> <p>c. Los ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes previstos en cualquiera de los incisos anteriores”.</p> |
| <p>PERÚ</p> | <p>Derecho de Propiedad Artículo 70°. “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad si no, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.</p> | <p>• Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de Dominio. (Acción Principal) • Decomiso vinculado al proceso penal regulado en el Artículo 102° del Código Penal (Subsidiaria)</p> | <p>7.1. “Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes:</p> <p>a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.</p> <p>b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.</p> <p>c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.</p> <p>d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.</p> <p>e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.</p> <p>f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.</p> <p>g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores”.</p> <p>Artículo 102° del Código Penal “El Juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio, resuelve el decomiso de los instrumentos, objetos del delito, efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieran podido experimentar. El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.</p> <p>Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.</p> <p>Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a terceros de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias”.</p> |
|--|--|---|

Fuente: Elaboración Propia

De la tabla 2° tenemos que a nivel latinoamericano Colombia y México han implementado el modelo de decomiso sin condena, pero con ciertas particularidades propias a su realidad y ordenamiento jurídico, denominándola como Extinción de Dominio, constituyéndose en una institución constitucional y autónoma, estableciéndose en ambas las causales de extinción sobre bienes lícitos mezclados con bienes de procedencia ilícita. Así también en países de la región como El Salvador y Argentina, se han promulgado leyes de extinción de dominio sin estar previsto en su constitución sin embargo; Argentina lo promulga como un proceso autónomo pero subsidiario del proceso penal sin prever causal de bienes mezclados al contrario de El Salvador, donde han adoptado este modelo surgido en Colombia bajo intensos cuestionamientos sobre su inconstitucionalidad al vulnerar garantías procesales y derechos fundamentales como la propiedad. En el resto de países prima el decomiso

tradicional, vinculado al proceso penal, sin embargo, las legislaciones de manera progresiva vienen implementando políticas a fin de lograr una verdadera eficacia en la lucha contra los activos ilícitos a través de una nueva reglamentación del decomiso expansiva y especializada incluyendo causales de comiso en caso de que bienes lícitos se mezclen con bienes de procedencia ilícita, sin embargo; se establece el decomiso únicamente de los bienes ilícitos hasta su valor estimado.

La extinción de dominio como una forma particular de decomiso sin condena, totalmente autónomo del proceso penal, nació en Colombia y que posteriormente fue adoptado por México, países gravemente afectados por el narcotráfico y el terrorismo, es así como en la lucha contra dichos males endémicos Colombia como pionero estableció un decomiso sin condena particular al recomendado por la normativa internacional, sin embargo para ello estructuró bases constitucionales, a través de un reconocimiento constitucional y una ampliación de su alcance no solo a bienes relacionados con el delito. En tal sentido ha constitucionalizado un sub sistema, por tanto, adoptar, el particular decomiso sin condena colombiano implica más que promulgar un decreto legislativo tal como ha sucedido en el Perú con el cual se desconoce principios constitucionales fundamentales y una larga tradición jurídica, más aún cuando el propio decomiso sin condena tradicional recomendado por la comunidad internacional puede ser adoptado en la medida en que sea compatible con los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, no podemos simplemente cambiar de paradigma y pretender que el fin justifique los medios.

La Extinción de Dominio, presenta características especiales, que buscan diferenciarla de las medidas tradicionales que adoptan los estados para recuperar los activos provenientes de la criminalidad. Lo cual genera nuevas necesidades estructurales, al ser un proceso totalmente autónomo del proceso penal, propugna la inversión de la carga de la prueba, siendo el afectado quien debe desvirtuar el origen del bien, así como también es una acción imprescriptible y retroactiva, lo que plantea una serie de implicancias para su adopción en cada ordenamiento jurídico como cambios a nivel constitucional y legislativos de fondo y forma.

En tal sentido adoptar la Extinción de dominio implica adecuarla al sistema jurídico interno o apostar por cambios constitucionales que le den legitimidad dentro de cada estado; lo cual en el caso peruano no se ha dado. Las diferentes Convenciones Internacionales de Viena, Palermo, Mérida, Estrasburgo y las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, si bien invitan a los Estados parte a crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad, recomendando apostar por un comiso sin condena o extinción de dominio (nombre que toma en la región), en el cual se exija al imputado demuestre el origen lícito de los bienes sujetos a decomiso, subrayan que apostar por esta medida dependerá que sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales, es decir cada conforme con su ordenamiento jurídico interno.

Así tenemos que a la regulación de la extinción de dominio sobre bienes mezclados, el Perú ha hecho una copia del código de extinción de dominio colombiano, sin tener en cuenta, que respecto a ello Colombia ha ido más allá de los compromisos internacionales y propugnó por la creación de una figura de naturaleza constitucional y en un punto comparativo con el desarrollo legal de los referentes internacionales estudiados, la extinción de dominio colombiana acarreo una ampliación de modalidades factuales de procedencia, pues incluso ante la causas de mezcla se concibió fenecer la totalidad del nuevo derecho patrimonial creado y no únicamente el porcentaje mezclado; situación que Perú ha imitado, sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico, esta figura no tiene el orden constitucional ni el tratamiento que durante todo este tiempo le ha dado Colombia a fin de limpiar cualquier tamiz de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que la realidad colombiana al adoptar esta medida, se dio para afrontar su gran lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, que sin duda desbordo el poder punitivo del estado

Cabe precisar que a pesar que existe cierta homogeneidad con relación a los principios y valores ético sociales que se toman de referencia para valorar el alcance y los límites de derecho a la propiedad privada, cada sociedad determina los

parámetros mínimos de referencia para tal efecto. La extinción de dominio se adscribe a fuentes jurídicas de orden constitucional, pues parte del reconocimiento de los límites inmanentes del derecho a la propiedad privada, dentro del marco de respeto de los principios y valores ético sociales.

El origen del decomiso sin condena se sitúa en el ámbito anglosajón, en el que tiene ya una larga historia que se basa en la idea de que los bienes pueden ser responsables de un delito. En países con tradición del Derecho romano germánico, la compatibilidad de tales sistemas con los derechos humanos fundamentales y las garantías básicas del debido proceso ha sido examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lejos de tratarse de una dicotomía insalvable, existen ciertas características y condiciones bajo las cuales estos procedimientos *in rem* podrían ser compatibles con las garantías fundamentales, lo cual es especialmente importante pues en América Latina, muchas legislaturas están considerando proyectos legislativos para admitir decomisos “*in rem*” o civiles, bajo el rótulo de leyes de “extinción del dominio” y han desempolvado instrumentos cuasi confiscatorios sin siquiera actualizarlos a los estándares del debido proceso. En este contexto, el decomiso civil del producto del delito podría constituir una herramienta que debilite otros aspectos cruciales en la consolidación de los procesos democráticos.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción constituye el único instrumento internacional vinculante en el que se recomienda específicamente el decomiso basado en la no declaración condenatoria, y contiene determinados mecanismos de cooperación internacional con el fin de imponerlo. En su artículo 54° inciso 1 c) *recomienda, que “los Estados consideren la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para permitir el decomiso de los bienes procedentes de delitos de corrupción sin necesidad de que exista condena penal, cuando el delincuente no pueda ser procesado por razón de muerte, huida o ausencia, o en otros casos apropiados”*, lo que se repite en la tercera recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional. Por lo que este tipo de decomiso se da cuando no ha sido posible, por diversas razones, discutir la suerte del bien en el proceso penal donde se determina la

responsabilidad penal de los involucrados en el delito, donde el bien ha sido objeto, instrumento o efecto del mismo, o cuando no es posible llevar a cabo ese proceso penal. En otras palabras, el modelo de decomiso civil o sin condena sigue vinculado al proceso penal, en tanto resulta subsidiario del mismo, ya que, solo se puede accionar bajo esta vía, cuando por alguna razón no ha sido posible resolver en el proceso penal el decomiso de los bienes relacionados con el delito.

Sin embargo, en Perú, el Decreto Legislativo de Extinción de Dominio N°1373 considera a la extinción de dominio como la acción principal y solo subsidiariamente se tendría que recurrir al decomiso en el proceso penal. Ello evidencia que el legislador no ha tenido claras las cosas puesto que la acción procede contra bienes vinculados al delito, y es precisamente el proceso penal la sede natural donde se dilucida si un bien o activo está o no vinculado al delito, ya que en el proceso penal se investiga el delito, y allí se conocerá cuál es su objeto, sus efectos y ganancias así como instrumentos, y cuando se han mezclado bienes de origen lícito con los provenientes del delito o los destinados a este. Entonces, iniciado el proceso penal en este debe ejercitarse el decomiso; ejercitar de plano la extinción de dominio sin tener información sobre el delito, realmente sería inconducente y se podría llegar a pronunciamientos contradictorios.

El proceso de extinción de dominio latinoamericano pese a tener los mismos fines y fundamentos de lucha contra el patrimonio ilícito y hacer frente a la criminalidad organizada y la corrupción establece un proceso totalmente autónomo que incluso puede existir sin que se haya iniciado un proceso penal, situación contraria incluso a lo que ocurre en los Estados Unidos de América, que establece que el comiso sin condena puede ser paralelo al proceso penal sin embargo otorga cierto grado de subsidiariedad, puesto que la ley dispone que el Juez debe suspender el proceso de decomiso sin condena si considera que ello puede afectar negativamente la posibilidad de llevar a cabo una investigación o un proceso penal. Además, si el demandado lo solicita, el Juez debe suspender el procedimiento de decomiso sin condena si se determina que: a) el sujeto está siendo objeto de una investigación penal; b) que está

legitimado para hacer valer un derecho en el procedimiento de decomiso sin condena, y c) la continuación del procedimiento de decomiso perjudicaría su derecho a no declararse culpable en la investigación penal. (Hasbún, 2018). En el mismo sentido el propio Banco Mundial, en su guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena, se muestra favorable a que ambos procesos transcurran de manera simultánea y sugiere diversas posibilidades para gestionar paralelamente ambos procedimientos. Así, admite que se pueda solicitar la suspensión del proceso de decomiso sin condena hasta que se resuelva el proceso penal. También que transcurran paralelamente ambos procesos, pero estableciendo legalmente que la información suministrada por el acusado en el proceso de decomiso sin condena no pueda utilizarse en su contra en el proceso penal. De lo contrario, puede ocurrir que el acusado no pueda cuestionar el decomiso sin condena por miedo a auto incriminarse en el proceso penal, o a revelar información que pueda ser utilizada en su contra en el proceso penal. Sin embargo, contrario a las buenas prácticas recomendadas, nuestra ley de extinción de dominio en su artículo 30° prevé un supuesto de prueba trasladada, que permite que las pruebas practicadas en los procesos penales, civiles, procedimientos administrativos o de cualquier otra naturaleza se trasladan al proceso de extinción de dominio, siempre que cumplan con los requisitos de validez exigidos por la normativa propia de cada proceso o procedimiento. En tal sentido el decomiso sin condena conforme a las recomendaciones internacionales debe tener un carácter complementario del proceso penal, de cuyos resultados no ha de depender. Pero asimismo es residual respecto del proceso penal, porque deriva del delito, sin embargo, el proceso de extinción de dominio, se ha establecido como un proceso dirigido únicamente contra derechos reales (sobre bienes) que se realiza al margen de la acción penal, pese a estar íntimamente vinculado al mismo.

TABLA 3°: SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

| | |
|--------------------|--|
| Sentencia C-133/09 | “La propiedad privada ha sido reconocida por la Corte Constitucional como un derecho subjetivo al que le son inherentes unas funciones sociales y ecológicas, dirigidas a asegurar el cumplimiento de varios deberes constitucionales, entre los cuales, se destacan la protección del medio ambiente, la salvaguarda de los derechos ajenos y la promoción de la justicia, la equidad y el interés general como manifestaciones fundamentales del Estado Social de Derecho”. Asimismo, precisa que constituyen límites constitucionales a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación, esta última sería inconstitucional por cuanto la norma superior prohíbe dicho tipo de limitación a la propiedad”. |
| 740 de 2003 | CC- “El constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa. En virtud de esa decisión, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad. Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de jurisdicción de nuestro sistema democrático”. |
| C-1007 de 2002 | “Quién de manera lícita ha accedido al dominio de unos bienes, pero no los destina a la generación de riqueza nacional, ni a la preservación del medio ambiente; sino a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, incumple la función impuesta por el constituyente a la propiedad e incurre en un comportamiento que puede dar lugar a la extinción de dominio”. |

Atendiendo a la tabla 2° y 3 se puede evidenciar que el legislador no ha evaluado que en Colombia a diferencia del Perú la extinción de dominio es reconocida constitucionalmente como límite al derecho de la propiedad, y como excepción a la prohibición de la confiscación, siendo además la propiedad reconocida constitucionalmente como un derecho económico y social y en sí misma como una

función social, en tanto el ejercicio de la misma no acorde al interés social faculta al estado al ejercicio de la acción extintiva de dominio, acción que no solo se limita a hechos delictivo, pues el estado Colombiano en mérito al reconocimiento de la propiedad como una función social ha previsto la extinción de dominio de tierras agrícolas no cultivadas, por actividades contrarias a la moral social entre otros, lo que sin duda es imposible en un estado como el nuestro el cual otorga a la propiedad privada un marco de protección mayor, reconociéndole la calidad de derecho fundamental inviolable, al cual la función social se le reconoce como un atributo, que determina que no es un derecho absoluto, por el cual se establecen límites a su ejercicio, límites que no prevé la privación del derecho ni pueden afectar su contenido esencial.

La jurisprudencia colombiana fundamenta la extinción de dominio o mejor dicho de propiedad sobre los bienes lícitos que se mezclan con bienes de ilícita procedencia en la causal de destinación ilícita de los bienes, amparada en el artículo 58° de su Constitución Política, no se trata de cuestionar el origen ilícito del bien, sino el cumplimiento de los deberes y obligaciones que demanda la Constitución respecto de la función social y ecológica de la propiedad. Se debe tener presente que quien debe cumplir con la función social o ecológica es el propietario del bien. En suma, el modelo colombiano a sentado precedentes legislativos amparados constitucionalmente, en caso la propiedad no cumpla el fin esperado por el estado, este está facultado para extinguir dicho derecho, en virtud a la función social que se le otorga constitucionalmente al derecho de propiedad; lo cual no sucede en nuestro ordenamiento jurídico peruano, pues no existe antecedente normativo que regule como sanción la pérdida del derecho de propiedad por incumplimiento de los deberes adherentes al ejercicio de la propiedad.

El Derecho Fundamental de Propiedad reconocido en nuestra constitución es inviolable a nadie puede privársele de él siendo la única excepción la expropiación justipreciada, que incluye además el derecho de defender la propiedad contra todo acto que tenga efectos de privación en la integridad de los bienes protegidos; en tal sentido a diferencia de Colombia nuestra constitución establece un

mayor reconociendo y protección a la propiedad privada. En nuestra constitución la función social de la propiedad no está tácitamente reconocida, tal es así que no se ha establecido como el caso colombiano que la Propiedad sea una función social en sí misma, sin embargo, el artículo 70° precisa que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común y los límites de ley, siendo el Tribunal constitucional quien señala que, a través de su uso, se realice la función social que le es propia; es decir, la función social es un atributo que no determina su reconocimiento sino que establece límites a su ejercicio, la doctrina nacional establece que dichas limitaciones no afectan el contenido esencial del derecho fundamental ni su reconocimiento.

Se debe tener claro que la restricciones o limitación al Derecho de propiedad determinan que el derecho no es absoluto, pero de ninguna manera implican un desconociendo o perdida del mismo; por lo que no afectan el reconocimiento tan solo su ejercicio. Ahora bien, constitucionalmente existe solo una excepción a la inviolabilidad del derecho, que establece la privación absoluta de la misma, para la cual se requiere la respectiva indemnización, que es la expropiación, siendo esta la mayor limitación al derecho de propiedad.

Si bien es cierto, en el caso peruano la constitución establece que la propiedad se ejerce dentro de los límites que establece la ley; no es válido que se creen leyes desproporcionales fuera del marco de protección de la propiedad, de lo contrario, el Estado podría quedarse con los bienes de los particulares mediante el simple recurso de dictar una ley que así lo disponga, borrando de un plumazo el Derecho de propiedad, así como también restableciendo la confiscación de bienes.

Por su parte, la extinción de dominio acoge la circunstancia de mezcla como una causal o presupuesto de extinción plena, desconociendo las recomendaciones internacionales que establecen el decomiso hasta el valor del producto ilícito, asumiendo el resultado de la mezcla entre el bien lícito con el ilícito como un nuevo producto que es pasible de extinción de dominio en su totalidad, con lo cual se transgrede el derecho fundamental de propiedad privada, pues resulta

arbitrario por parte del Estado bajo la justificación de que la cosa se encuentra inmersa dentro un patrimonio ilícito extinguir un derecho legítimamente adquirido, más aun cuando incluso en el decomiso penal, en el que se ha acreditado el hecho ilícito y la destinación ilícita del bien, como objeto o instrumento, se establece que : *“Cuando lo efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos bienes”*. Se debe precisar que la única forma de decomisar ambos bienes es cuando la mezcla haya sido un medio para ocultar o convertir bienes de procedencia ilícita, es decir constituye un instrumento del delito de blanqueo de capitales o lavado de activos, por lo que no puede estar desvinculado de un proceso penal, dado el carácter sancionatorio que recae sobre el bien lícito.

TABLA N°4: PRINCIPIOS QUE TRASGREDE LA REGULACIÓN DE LA LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO RESPECTO A BIENES MEZCLADOS

| Principios que transgrede La regulación de la Ley de Extinción de Dominio respecto a Bienes Mezclados | |
|--|---|
| Principios | Supuestos |
| Principio de Proporcionalidad | “Establece la facultad estatal de extinguir el dominio de bienes de procedencia lícita sobre los cuáles recae la garantía del Derecho de Propiedad, cuando estos se hayan mezclado con bienes de procedencia ilícita, sin ningún fundamento solo estar inmerso en un patrimonio ilícito y en caso de considerar la mezcla como destinación ilícita, resulta contradictorio que se realice en un proceso independiente en el que ni siquiera es necesario la existencia de una investigación penal en curso, sujeto a arbitrariedades, más aun cuando el en el propio decomiso vinculado al proceso penal, en el cual se dilucida si un bien es objeto, instrumento, efecto o ganancia de un acto delictivo o ha sido destinado a este, en caso de mezcla no considera el decomiso de los bienes lícito, sino únicamente de los bienes de procedencia ilícita hasta por su valor estimado. Resultando desproporcional pues con estas medidas de recuperación de activos se busca acabar con patrimonios ilícitos y no usarlos a modo de reproche o pena, para el cual ya existe el proceso penal y sus garantías, en el cual no considera en caso de mezcla el decomiso del bien lícito, más aun teniendo en cuenta que se establece el decomiso como subsidiario y a la extinción de dominio como la acción principal”. |
| Principio de Legalidad | “Ni por Ley, así como tampoco por actuaciones de los operadores de jurídicos puede afectarse la inviolabilidad del derecho de propiedad de las personas. Por lo que, la extinción de dominio tal como está regulada independiente del proceso penal (no sujeto a condena ni a investigación en trámite) solo puede referirse a los casos en que no estemos frente al derecho de propiedad; no es válido que se creen leyes fuera del marco de la protección de la propiedad, de lo contrario el Estado podría quedarse con los bienes de los particulares mediante el simple recurso de dictar una ley que así lo disponga restableciendo así la confiscación de bienes. La única acción real establecida constitucionalmente por la que se afecta la inviolabilidad del derecho de propiedad previo pago de una indemnización justipreciada es la expropiación. Por lo que no procede la extinción de dominio sobre la propiedad legítima de los bienes lícitos por haberse mezclado con bienes de procedencia ilícita”. |
| Principios de Derecho Probatorio | “No se establecen criterios de estándar probatorio específicos para la causal de procedencia sobre bienes mezclados, pese que opera como sanción patrimonial sobre derechos de propiedad legítimos del titular o poseedor, al margen que ese patrimonio tenga relación con algún delito; por lo cual se debe aplicar los derechos y garantías que se asocian su carácter sancionatorio más que declarativo como señala la ley. Más aun cuando el proceso autónomo de extinción de dominio establece la inversión de la carga de la prueba, por lo que bastaría con que se acredite que parte de los bienes son lícitos para proteger el derecho que les asiste, lo cual en la presente causal se desconoce”. |
| Principio de Razonabilidad | “Afecta la dignidad de la persona, al vulnerar el derecho de propiedad que le asiste sobre los bienes legítimamente adquiridos, operando como una sanción confiscatoria y pese a ello establece que es una acción imprescriptible y retroactiva, lo que resulta fuera de todo criterio de razonabilidad, pues respecto de bienes de procedencia ilícita queda claro que con el pasar del tiempo el Estado nunca pierde su derecho de perseguirlos, sin embargo sobre los bienes lícitos se infringe la seguridad jurídica en perjuicio de derechos adquiridos”. |

Fuente: Elaboración Propia

La causal que se dirige contra bienes de origen lícito mezclados con bienes de procedencia ilícita, no debe ser causal para extender la acción de extinción de dominio sobre los primeros, pues dicha disposición, lejos de fomentar la adecuada

investigación de los hechos que fundamentan la pérdida del derecho de la propiedad, fomentaría la ineficiencia de las diligencias destinadas a esclarecer los hechos y sobre los bienes de origen lícito, la medida operaria sin lugar a dudas como una sanción confiscatoria, dado que en los bienes lícito, persiste la garantía que resguarda el derecho a la propiedad. Por lo que esta norma debe ser valorada a la luz de los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad.

A la luz del derecho constitucional peruano, la extinción de dominio respecto de los bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de origen ilícito vulnera el derecho constitucional de propiedad, en tanto implica una sanción respecto a los bienes legítimos que gozan de amparo constitucional, vulnera un derecho adquirido conforme a las leyes civiles al trasladar la titularidad de dichos bienes a la esfera del estado sin indemnización ni contraprestación alguna. Con ello al parecer lo que se pretende es sancionar la mezcla como acto ilícito, sin embargo ello se circunscribe al ejercicio del ius puniendi del estado, que se ejerce a través del derecho penal, luego de acreditado un delito, para lo cual existe el decomiso, el cual incluso en caso de mezcla señala que procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados; y no a través de una acción in rem bajo la cual no se encuentra amparo constitucional, pues el derecho de propiedad, es un derecho fundamental inviolable, al cual la función social que se le reconoce determina que este no es un derecho absoluto, limitando su ejercicio al bien común, limite que no prevén la privación del derecho, dado que no pueden afectar su contenido esencial, siendo la única acción real por la cual constitucionalmente se puede privar de la propiedad la “Expropiación”.

Para Cárdenas Chincilla, “la confiscación es una pena propia de los estados absolutistas, que consiste es la pérdida del patrimonio de un condenado a favor del Estado, independientemente de si proviene de la comisión de un delito o no”, situación que ocurre en el presente caso, al afectarse los bienes de origen lícito. Se trata de una institución antigua, que actualmente, con el avance dogmático de los derechos fundamentales y la consolidación del Estado de Derecho ha sido descartada de los

ordenamientos jurídicos, tal es así que el artículo 21° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley”. En nuestro país, el artículo 70° de la Constitución implícitamente establece el mismo criterio; incluso al referirse al régimen tributario, establece que ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Así mismo Gálvez Villegas señala, que “ni por ley, así como tampoco por actuaciones de los operadores jurídicos puede afectarse el derecho de propiedad de las personas”. Por tanto, por la ley de extinción de dominio tampoco puede afectarse confiscatoriamente la propiedad. Por eso mismo, la acción solo puede referirse a los casos en que no estemos frente al derecho de propiedad, esto es, en los casos en que estemos frente solo a los efectos o ganancias del delito, así como frente a los denominados instrumentos del delito. En el mismo sentido Rosas Castañeda señala que “el decomiso de los bienes mezclados con bienes lícitos, se encuentran relacionado con el decomiso directo o penal, pues resulta necesario conectar estos bienes de manera directa o indirecta con la comisión del delito”.

Para García Cavero, “si en el caso de mezcla de las ganancias del delito con bienes lícitos, se siguiese un criterio puramente causal, todos los bienes y los derivados de esos bienes se convertirían en efectos del delito, lo cual no sería lo más razonable para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite en el mar. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada como un efecto del delito, siempre que tenga cierta importancia en el conjunto. Lo anterior no rige si los bienes lícitos son utilizados para ocultar o lavar los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso pueden ser también decomisados bajo la calidad de instrumentos del delito, en este caso del delito de lavado de activos, circunstancia en la que sin duda sigue relacionado al delito y por ende al proceso penal”. Con lo cual concordamos plenamente pues en tanto la mezcla constituya un acto de encubrimiento, se deberá proceder contra el bien lícito como

instrumentos del delito, siendo el fundamento de la privación de esos bienes, que los objetos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado.

El Decreto Legislativo N°1373, en su artículo 7.1 inciso c) establece “la procedencia de la extinción de dominio sobre bienes de origen lícito *utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia*”, este supuesto busca aplicarse a la propiedad lícita mezclada con bienes de origen ilícito porque la propiedad no ha sido utilizada con el fin y propósito de la cual yace su existencia, es decir, la propiedad no tiene una intención de ser de uso privado lícito o para fines del bien común, sino para finalidades de ocultamiento del origen ilícito, es ahí donde se materializa la extinción de dominio, porque el bien de origen lícito no fue utilizado para su naturaleza propia, sino para un fin delictivo, por lo que al respecto no existe controversia. Por cuanto no es una figura nueva, pues dentro del decomiso penal, si un bien es destinado a la comisión de un ilícito, no interesa su procedencia lícita, por lo que procede su decomiso en tanto se configuraría como instrumento del delito. La diferencia se evidencia en cuanto al proceso, pues al ser la extinción de dominio, un proceso autónomo e independiente del proceso penal, este procede así no exista condena e incluso proceso penal en curso; se debe tener en cuenta que el proceso de extinción de dominio por causal de destinación pese a evidenciarse su carácter sancionatorio más que declarativo, al estar íntimamente vinculado a la comisión delictiva, no posee las garantías del proceso penal, al invertirse la carga de la prueba, su aplicación retroactiva e imprescriptible. Es por ello que en este aspecto no existe controversia respecto al fundamento de la acción, pero si considero que se debe trabajar y desarrollar mejor el proceso a fin de que se respete las garantías y el debido proceso. Asimismo, nuestra legislación establece la procedencia de la Extinción de Dominio sobre bienes de origen lícito que se confundan o que resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito. En cuyo aspecto el legislador prioriza la acción extintiva del

estado cuando no es posible diferenciar el bien ilícito del lícito, priorizando el interés público, fundamento razonable bajo un proceso que brinde mayores garantías.

Sin embargo, el cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma, en la que se centra la presente investigación surge respecto al supuesto de procedencia sobre “bienes lícitos mezclados con bienes de origen ilícito”, de un análisis taxativo de la norma debe entenderse que el solo hecho de mezclar bienes de origen ilícito con lícitos es causal de extinción de dominio, sin mayor fundamento, lo cual es contrario al propio fin de la norma que establece su aplicación sobre bienes patrimoniales que tienen un origen o destino ilícito; por lo que se estaría vulnerando el derecho de propiedad sobre el bien adquirido por justo título.

Por lo antes expuesto, debemos precisar que, en el caso peruano la manera en que se ha regulado la acción de extinción de dominio sobre la figura de los bienes mezclados nos lleva a considerar vicios de constitucionalidad, en el sentido de configurarse un acto confiscatorio y un desequilibrio de los derechos que ampara la constitución. Más aún si tenemos en cuenta que esta acción recae sobre bienes lícitos que se han mezclado con bienes de ilícita procedencia, habiéndose invertido la carga de la prueba, siendo el procesado quien debe acreditar el origen lícito de sus bienes, en este sentido se abre la posibilidad que si producto de una actividad informal, se obtiene dinero que no se puede acreditar y este se mezcla para hacer mejoras a un bien lícitamente adquirido, se pueda extinguir el derecho respecto a la totalidad del bien. Lo cual a todas luces es desproporcional, en un país como el nuestro cuyo índice de informalidad es altísimo. Por tal motivo la acción de extinción de dominio respecto a bienes mezclados, tal como está regulada, tiene un fuerte indicio de inconstitucionalidad al estar propenso a las arbitrariedades, al aplicarse por ser simplemente bienes mezclados sin ningún otro fin determinable y puede ser objeto de abuso por parte de las autoridades, al ser una medida desproporcionada y ciertamente cuestionable.

Más aún cuando, según la exposición de motivos, la ley se sustenta en las deficiencias e ineficacia de las herramientas destinadas a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas, lo cual requiere un ordenamiento eficaz, señalando que la figura del decomiso vinculada al proceso penal carece de la eficiencia requerida por poseer como requisito para su aplicación que el propietario de los bienes en cuestión sea condenado en sentencia penal. Situación que no se da en la mayoría de los casos tramitados, ya que el proceso penal por constituir un régimen sancionatorio dentro de un sistema judicial garantista debe dotarse de una serie de principios protectores de la persona acusada, como el de in dubio pro reo, el cual refiere que en caso de duda en el proceso debe absolverse al imputado; principio por el cual en muchas ocasiones el investigado no solo se libra del cumplimiento de una sanción penal, sino que continúa gozando de todos los bienes obtenidos de sus conductas criminales, por no haberse dictado una sentencia condenatoria en la que se imponga como pena accesoria el decomiso de sus bienes.

En tal sentido el decomiso penal es bastante limitado en causas complejas, por un lado, al atar el decomiso a la condena respecto de delitos, en procesos que en muchos casos duran años, siendo poquísimos los que llegan a juicio y resultan ínfimos los casos con condena, siendo esta inefectividad multicausal, la complicidad judicial, la falta de recursos y de entrenamiento técnico apropiado y la débil formación ética de los abogados, que, además, operan con un Código Procesal garantista que conspiran contra el recupero de activos bajo el clásico decomiso penal. Por lo que este proceso de extinción de dominio, dentro del cual se afecta bienes lícitos, sería un proceso creado por el Estado para poder salvaguardar su ineptitud, dado que el estado tiene que demostrar que bienes son ilícitos y solo sobre esos bienes ilícitos se tiene que ejercer el proceso de extinción de dominio, pero como se le es tan complicado identificar si una mezcla constituye un delito de lavado de activos dentro de un proceso penal que cumpla con las garantías procesales y la debida celeridad, es que se despreocupan ya de demostrar el hecho delictivo a fin de determinar que bienes del investigado se pueden decomisar y proceden contra la totalidad, afectando el derecho de propiedad sobre los bienes lícitos del investigado. Aunado a ello, dado que en el

proceso de extinción de dominio la carga de la prueba le corresponde al investigado, bastaría con que acredite que parte de los bienes son lícitos o han sido originados lícitos, para proteger el derecho que les asiste en tanto las mezcla no sea determinada en si misma un hecho delictivo dentro de un proceso penal con todas las garantías y que los bienes lícitos constituyan instrumento del delito de lavado de activos.

El criterio actualmente adoptado, más que jurídico es netamente político criminal, lo que busca es desincentivar aquellas conductas que traten de mezclar ambos bienes, sin tener en cuenta que la Acción de Extinción de Dominio, como toda respuesta político criminal consistente en la afectación o injerencia en la esfera particular de las personas, por lo que tiene que encuadrarse dentro de los límites político criminales de todo Estado de Derecho; esto es, dentro del marco de respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona humana, de los desarrollos dogmáticos de la Ciencia del Derecho y de los criterios de eficacia desarrollados por el Análisis Económico del Derecho, de tal manera que no se otorgue facilidades a la delincuencia, así como tampoco se incurra en arbitrariedades que pudiesen restar legitimidad a la respuesta político criminal o tornarla inaplicable.

V.-CONCLUSIONES. –

1.- Nuestro ordenamiento jurídico contrario a las recomendaciones internacionales, ha establecido la extinción de dominio como la acción principal y subsidiariamente el decomiso en el proceso penal, pese a que los tratados internacionales vinculantes y las directivas europeas bajo el sistema romano germánico que opera en nuestro ordenamiento jurídico, recomiendan la adopción del decomiso sin condena o in rem de manera subsidiaria al proceso penal, por cuanto la acción procede contra bienes vinculados al delito, y es precisamente el proceso penal la sede natural donde se dilucida si un bien o activo está o no vinculado al delito, si se han mezclado bienes de origen lícito con los provenientes del delito o los destinados a este; ejercitar de plano la extinción de dominio sin tener información sobre el delito, es inconducente y se podría llegar a pronunciamientos contradictorios.

2.- La regulación establecida en el Decreto legislativo N°1373 resulta contradictoria pues desvincula el proceso de extinción de dominio, de la comisión de hechos delictivos, prescindiendo del proceso penal; sin embargo su ámbito de aplicación se circunscribe a una lista taxativa de delitos; en tal sentido, si el objeto de la acción es únicamente respecto de derechos reales al margen de la acción penal, resulta incoherente y desproporcional que habiéndose señalado como ámbito de aplicación una lista de delitos, se inicie un proceso independiente sin siquiera haberse acreditado a nivel de injusto un hecho delictivo que vincule al bien como objeto, instrumento, efectos o ganancias del mismo. Al vincular la extinción de dominio con el desarrollo de conductas penales, se le puede catalogar como parte del derecho penal, implicando que en su aplicación deban respetarse los principios y garantías propios de este régimen sancionatorio, para lo cual ya existe el decomiso, el cual conforme a sus efectos y ámbito de aplicación es la misma institución que la extinción de dominio, sin embargo, se marca una diferencia, al tramitarse en un proceso autónomo.

3.- La extinción de dominio nace en Latinoamérica, específicamente en Colombia, tiene como antecedente el instituto del decomiso in rem proprio de los sistemas jurídicos del common law, consiste en trasladar a la esfera del estado la titularidad de los bienes vinculados a hechos ilícitos por origen o destinación, sin indemnización ni contraprestación alguna a través de un proceso autónomo e independiente del proceso penal al propietario o poseedor del bien. Surge por la necesidad de extender las modalidades de decomiso frente al crecimiento del patrimonio de la criminalidad organizada y a la ineficacia del decomiso tradicional vinculado al proceso penal.

4.- Dentro de nuestro marco constitucional, la extinción de dominio respecto de los bienes lícitos que han sido mezclados con bienes de origen ilícito vulnera el derecho constitucional de propiedad, constituye un acto confiscatorio que implica una sanción al titular de los bienes legítimos. Vulnera un derecho adquirido conforme a las leyes civiles al trasladar la titularidad de dichos bienes a la esfera del Estado sin indemnización ni contraprestación alguna.

El acto de mezcla como ilícito, se circunscribe al ejercicio del ius puniendi del estado, luego de acreditado un delito, para lo cual existe el decomiso, siendo desproporcional pues incluso en el decomiso penal se señala que en caso de mezcla que procede hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, siendo la única acción real por la cual constitucionalmente se puede privar de la propiedad la “Expropiación”.

VI.- RECOMENDACIONES. –

En tal sentido se recomienda que como toda respuesta político criminal la extinción de dominio debe encuadrarse dentro del marco de respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona humana, de los desarrollos dogmáticos de la Ciencia del Derecho de tal manera que no se otorgue facilidades a la delincuencia, así como tampoco se incurra en arbitrariedades que pudiesen restarle legitimidad o tornarla inaplicable.

El artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373 debe ser modificado, eliminado el supuesto que establece la posibilidad de ejercitar la acción de extinción de dominio sobre un bien lícito cuando este se encuentre mezclado con bienes de procedencia ilícita, transgrediéndose con esta acción el precepto constitucional del derecho de propiedad privada, disposiciones legales y la normativa internacional. Más aun cuando la misma causal ya está regulada en el decomiso tradicional en caso la mezcla esté vinculada a un hecho delictivo de encubrimiento.

Apostar por el modelo de extinción colombiano, implica reformas constitucionales de fondo, reconocer constitucionalmente la extinción de dominio como un límite al Derecho Constitucional de Propiedad, a fin de retroceder en ciertas garantías bajo el fundamento de la lucha contra la criminalidad, lo que ciertamente debe ser debatido.

6.1. PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7.1 INCISO C) DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1373, LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, SUPRIMIENDO EL SUPUESTO QUE PRESCRIBE INCORPORAR BIENES DE PROCEDENCIA LÍCITA QUE SE MEZCLEN CON BIENES DE ORIGEN ILÍCITO”.

Los Congresistas de la República que suscriben, a iniciativa de la congresista MIDORY GUADALUPE RIVERA CÓRDOVA, en uso de sus facultades de iniciativa legislativa previsto en los artículos 102° numeral 1) y 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 22° inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso ponen a consideración la siguiente propuesta legislativa:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7.1 INCISO C) DEL DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1373, LEY DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, SUPRIMIENDO EL SUPUESTO QUE PRESCRIBE INCORPORAR BIENES DE PROCEDENCIA LÍCITA QUE SE MEZCLEN CON BIENES DE ORIGEN ILÍCITO”.

ARTÍCULO 1°. Modifíquese el artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373, Ley de Extinción de Dominio.

Modifíquese el artículo 7.1 inciso c) del Decreto Legislativo N°1373, Ley de Extinción de Dominio suprimiendo el supuesto que prescribe incorporar bienes de procedencia lícita que se mezclen con bienes de origen ilícito, con el objeto de no vulnerar el Derecho de Propiedad de los bienes lícitos bajo una acción sin fundamento.

Así, el referido dispositivo legal quedará modificado de la siguiente manera:

“Artículo 7. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio

7.1. Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes: (...)

c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Analizando, en su integridad el sistema normativo constitucional se debe prescindir en el sistema jurídico penal actos o hechos arbitrarios frente a las acciones de ius puniendi del Estado sin sustento constitucional al referirse el artículo en cuestión al solo hecho de mezclar bienes de origen ilícito con lícitos es causal de extinción de dominio, sin mayor fundamento, lo cual es contrario al propio fin de la norma que establece su aplicación sobre bienes patrimoniales que tienen un origen o destino ilícito; por lo que se estaría vulnerando el derecho de propiedad sobre el bien adquirido por justo título, debiendo en todo caso ser susceptible de extinción de dominio los bienes de origen ilícito que hayan sido mezclados con los de origen lícito, sin afectar a estos últimos.

En tal sentido el supuesto que establece la procedencia de la acción de extinción de dominio contra bienes lícitos cuando se mezclen con bienes de origen ilícito, tendría un carácter confiscatorio, pues en lugar de prever la extinción de dominio en relación con bienes ilícitos, se prevé la extinción de los lícitos que se han mezclado con bienes ilícitos sin haberse establecido límite ni fundamento alguno, dejando de lado lo que la normativa de Naciones Unidas prevé en estos casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos que es la incautación únicamente de los bienes ilícitos hasta

por su valor estimado. Es decir, nunca se considera la incautación de los lícitos pues se tiene claro que no se busca usar este mecanismo a modo de reproche o pena.

En tal sentido, si bien los instrumentos internacionales invitan a los Estados parte a fortalecer y/o crear institutos jurídicos que permitan al Estado recuperar los activos de la criminalidad, también subrayan que apostar por un camino u otro dependerá de lo que cada país entienda que es conforme con su ordenamiento jurídico interno.

En el caso peruano la manera en que se ha regulado la acción de extinción de dominio sobre la figura de los bienes mezclados nos lleva a considerar vicios de constitucionalidad, en el sentido de configurarse una posible confiscación dado que puede entreverse un desequilibrio excesivo de los derechos que ampara la constitución, ya que en este caso, se buscaría materializar la interdicción de la arbitrariedad, más cuando el propio ámbito de aplicación de la ley de extinción de dominio en su artículo 1° establece que se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de actividades ilícitas. En vista de eso, siguiendo el principio de proporcionalidad a través de una modificación al referido inciso, se podría no afectar la propiedad de origen lícito o plantear una reforma constitucional como en el caso colombiano, que se elevó a rango constitucional la figura jurídica de extinción de dominio, a efectos de acabar con cualquier vicio respecto a su constitucionalidad.

Por tal motivo la acción de extinción de dominio respecto a bienes mezclados, tal como está regulada, tiene un fuerte indicio de inconstitucionalidad al estar propenso a las arbitrariedades, al aplicarse por ser simplemente bienes mezclados sin ningún otro fin determinable.

Por lo antes expuesto, los que suscribimos hacemos nuestra dicha iniciativa a efecto de que sea discutida en las instancias correspondientes del Congreso y se convierta eventualmente en una ley de la República. El texto es el siguiente:

I. OBJETIVO

El presente proyecto de ley pretende la modificación del inciso c) del artículo 7.1 del Decreto Legislativo N°1373, Ley de Extinción de Dominio, suprimiendo el supuesto de procedencia sobre bienes de procedencia lícita que se mezclen con bienes de origen ilícito, toda vez que atenta contra el derecho de La Propiedad afectando los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de derecho probatorio, constituyendo un acto confiscatorio.

II. ANTECEDENTES

2.1.- INTERNACIONALES

A nivel internacional se destacan aspectos importantes para la aplicación de decomiso respecto a bienes mezclados, en las siguientes convenciones:

- **Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena 1988).** - Que en su Artículo 5°, numeral 6, literal “B” señala: “Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado”.

- **Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (Palermo 2000).** – Que en su Artículo 12°, numeral 4 señala: “Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.”

- **Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida 2003).** - Que en su Artículo 31°, numeral 5 señala: “Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos

bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado,
sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

Asimismo, se recomienda a los estados parte a apostar por un decomiso sin condena, en los siguientes términos.

- **Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida 2003).** – En su Artículo 54° reconoce la necesidad de aplicar el decomiso sin que medie una condena, cuando el delincuente no pueda ser enjuiciado por fallecimiento, fuga o ausencia y en los casos que establezca la ley. En la medida que sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

- **Recomendación N°4 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).** - La cual recomienda que los bienes puedan ser decomisados sin que se requiera una condena penal, que se exija al imputado demuestre el origen lícito de los bienes sujetos a decomiso, en la medida que sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

2.2.- LEGISLATIVOS:

- **Decreto Legislativo N°992** que Regula el Proceso de Pérdida de Dominio del 22 de julio de 2007.- Establece la pérdida de dominio como un proceso especial que procede independientemente del proceso penal. No establece causal de procedencia respecto de bienes mezclados.

- **Decreto Supremo N°010-2007-JUS**, Reglamento del Decreto Legislativo N°992 del 21 de octubre del 2007.

- **Decreto Supremo N°012-2007-JUS** del 18 de noviembre del 2007 que modifica el Decreto Supremo N°010-2007-JUS.

- **Ley N°29212** del 18 de abril de 2008 que modifica el Decreto Legislativo N°992. Establece a la pérdida de dominio como un proceso autónomo pero subsidiario al proceso penal, pues se inicia la investigación para la declaración de pérdida de dominio,

siempre que los bienes o recursos hubieran sido afectados en un proceso penal. No se establece causal de procedencia respecto de bienes mezclados.

- **Decreto Legislativo N°1104** del 19 de abril del 2012 que modifica la legislación sobre Perdida de Dominio. Establece a la pérdida de dominio como un proceso autónomo pero subsidiario al proceso penal, amplía la gama de delitos respecto a la ley derogada, establece causal de procedencia respecto de bienes mezclados.

- **Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de Dominio** del 04 de agosto de 2018.- Se establece como un proceso autónomo e independiente del proceso penal, establece causal de procedencia respecto de bienes mezclados.

- **Decreto Supremo N°007-2019-JUS**, del 01 de febrero del 2019. Reglamento del Decreto Legislativo N°1373

III. PROBLEMÁTICA

La problemática actual consiste en que, sin respaldo constitucional alguno, el legislador ha colocado en el artículo 7.1 inciso c) del decreto legislativo N°1373 un supuesto de procedencia de extinción de dominio sobre bienes lícitos que se mezclen con bienes de procedencia ilícita, dado que ello colisiona con el derecho constitucional de la Propiedad, constituyendo un acto confiscatorio que vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

IV. CONCLUSIONES

Es necesaria la modificación del artículo 7.1 inciso c) del decreto legislativo N°1373 suprimiendo el supuesto procedencia de extinción de dominio sobre bienes lícitos cuando se hayan mezclado con bienes de procedencia ilícita, porque, sin que tenga respaldo constitucional alguno o razonabilidad sobre la base de un fin legítimo, lesiona el derecho a la Propiedad y el principio de proporcionalidad.

Asimismo, resulta necesaria dicha modificación pues la acción de extinción de dominio tiene que encuadrarse dentro de los límites políticos criminales de todo Estado de Derecho; esto es dentro del marco de respeto a las garantías y derechos fundamentales de la persona humana, de tal manera que no se otorgue facilidades a la delincuencia,

así como tampoco se incurra en arbitrariedades que restan legitimidad a la respuesta político criminal.

VI. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no implica de forma directa algún beneficio o costo económico para el Estado; sin embargo, si posee un gran impacto positivo en los derechos de los justiciables.

En efecto, al suprimir dicho supuesto de procedencia sobre bienes lícitos cuando se mezclen con bienes de ilícita procedencia se garantiza el derecho fundamental de la propiedad, permitiendo que las decisiones que se tomen en materia de extinción de dominio no operen de manera confiscatoria y desproporcional.

Por lo antedicho, la propuesta legislativa beneficia, en corto, mediano y largo plazo, a los justiciables y la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

Por otro lado, no se advierte que algún sector de la sociedad resulte perjudicado con la presente propuesta legislativa.

VII. EFECTOS DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La iniciativa legislativa propuesta permitirá aplicar el derecho de manera proporcional y razonable de los derechos constitucionales involucrados frente al ius puniendi del Estado.

VII.- REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. -

- ASAMBLEA LEGISLATIVA (1961) “*Constitución Política de la República de Costa Rica*”. Costa Rica.
- ACEVES, M. E. (2013). Confiscación de bienes en el Pro Roscio de Cicerón y Ley de Extinción de Dominio. *Nova Tellvs* , 60.
- ARISTIZÁBAL, J. A. (s.f.). “La extinción de dominio como instrumento de lucha contra el crimen organizado”. *Revista Criminalidad, Vol. 48,*.
- AYALA, L. A., & Rivas, Y. E. (2015). “Efectos jurídicos de los actos y negocios celebrados por el contratante de buena fe sobre bienes de origen o destinación ilícita ante la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio”. *tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador*. Obtenido de tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador.
- BALDO KRESALJA y Cesar Ochoa. (s.f.). “*Derecho Constitucional Económico*”. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BARBOZA, C. G. (2010). *Derecho Penal Económico Parte General* . Bogotá Colombia : Ibañez.
- BATTILANA , M. (Julio de 2019). La administración cautelar y la privación de bienes procedentes del delito . Madrid : Programa El PACCTO (Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado).
- BIELSA, R. (1947). *Derecho Administrativo, Legislación Administrativa Argentina, Organización Administrativa, Administración Fiscal, Limitaciones Impuestas a la Propiedad en Interés Público*. Buenos Aires: El Ateneo.
- CABELLO, M. D. (2011). Extinción de Dominio, herramienta del Derecho Civil ante la ineficiencia del Derecho Penal . *Alegatos*, 77.
- CALDERÓN, R. C. (2013). Constitucionalidad, Naturaleza Jurídica y Límites del Comiso en Costa Rica. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales* , 621.
- CALVO SAN JOSÉ, M. J. (2000). “*La Función Social De La Propiedad Y Su Proyección En El Sistema De Compensación Urbanística*”. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca .

- CÁRDENAS CHINCILLA, C. E. (2013). *Persecución Penal del Patrimonio Ilícito y Criminal* . San José, Costa Rica : Investigaciones Jurídicas .
- CARO CORIA, D. y Reyna Alfaro, L. (2016). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima : Jurista.
- CARO GÓMEZ , J. I. (2011). “Los Terceros en la Acción de Extinción de Dominio en Colombia. *Tesis de Máster en Derecho Penal, Universidad Libre, Instituto de Postgrados*. Bogotá.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2005). *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. Lima: Palestra.
- CASTILLO CORDOVA, L. (2006). El Derecho de Propiedad como objeto de protección del proceso de amparo. Piura: Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura .
- CÓDIGO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE COLOMBIA . (2014).
- COMADIRA, Julio Rodolfo, Escola, Héctor Jorge, Comadira Julio Pablo. . (2012). “*Curso De Derecho Administrativo*” Tomo II. Buenos Aires : Abeledo Perrot.
- CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS. (1988). Obtenido de https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- CORDERO BLANCO, I. (2012). Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena -. En E. A. (Director), *El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción* (págs. 337-371). Mexico D.F: Ubijus. Obtenido de http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf
- CORDERO QUINZACARA, E. (Diciembre de 2008). *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. Obtenido de Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso N° .31 : https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200014&script=sci_arttext#_blank
- CORDERO QUINZACARA, E. (s.f.). *De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción social* .
- CORDERO, I. B. (2012). Recuperación de Activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. En F. C. otros, *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la Corrupción* (pág. 348). México: Ubijus.

- CORTE CONSTITUCIONAL, R. d. (2005). *Sentencia C-149* . Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-149-05.htm>,
- CORTE CONSTITUCIONAL, R. d. (2003). *Sentencia C-740* , . Obtenido de <http://www.corteconstitucional.Qov.co/relatoria/2003/c-740-03.htm>,
- CORTÉS BECHIARELLI, E. (2007). *Valoración crítica de la reforma del comiso* . Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca .
- COMPENDIO NORMATIVO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO PERÚ, P. J. (2019). Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/11/Compendio-normativo-extinci%C3%B3n-de-dominio-Legis.pe_.pdf
- CREEL, O. A. (2009). *La extinción de dominio en la legislación mexicana: su justificación jurídico-valorativa* . Obtenido de <file:///C:/Users/MIDORY%20RIVERA/Desktop/mexico%20.pdf>
- DECRETO LEGISLATIVO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO N° 1373. (04 de Agosto de 2018). Lima, Perú: El Peruano.
- DÍAZ CABIALE, J. (2016). El decomiso tras las reformas del código penal y la ley de enjuiciamiento criminal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.*, 1-70.
- DICTAMEN 3, Maestría Ciencias Penales UCR, texto sustituto proyecto extinción de dominio UCR, C. d. (2019).. Costa Rica.
- DROMI, R. (2004). *Derecho Administrativo 10ª Edición Actualizada*. Buenos aires .
- DUGÜIT, L. (s.f.). “*Las Transformaciones Generales del Derecho Privado Desde El Código De Napoleón*”. Madrid: Librería Española y Extranjera de Francisco Beltran.
- EXP. N. ° 0008-2003-AI/TC Fundamento 26,. (s.f.). -.
- EXP. N. ° 0008-2003-AI/TC Fundamento 26, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0048-2004-PI/TC Fundamento 78, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO JURISDICCIONAL 0003-2006-PI/TC Fundamento 59,. (s.f.).
- EXP. N.° 665-2007-AA/TC. (s.f.).
- EXP. N.° 0008–2003–AI/TC. (s.f.). *Sentencia*.
- EXP. N.° 0008–2003–AI/TC. (11 de noviembre de 2003). *Sentencia*.
- EXP. N.° 2727–2002–AA/TC. (19 de diciembre de 2003). *Sentencia*.

EXP. N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento 26. (s.f.).

EXP. N.º 0016–2002–AI/TC. (s.f.). *Sentencia*

FERNÁNDEZ TURUELO, J. (2017). El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de dinero: los nuevos tipos de blanqueo y la ampliación del decomiso. . En J. y. Carrión Diaz, *El delito de lavado de activos. Aspectos Sustantivos, procesales y de política criminal*. Lima: Grijley.

GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. (2019). *Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos Jurídicos Fraudulentos y Reparación Civil a propósito del caso Odebrecht*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial.

GALVEZ VILLEGAS, T. y Delgado Tovar, W. . (2013). *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima : Juristas .

GARCÍA CAVERO, P. (2017). La disposición jurisprudencial sobre el delito fuente como elemento normativo del tipo del delito de lavado de activos. *Actualidad Penal N° 40*, 52.

GARCIA CAVERO, P. (2018). El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *DERECHO PUCP N° 81*, 113-136.

GARCÍA CAVERO, P. (2019). La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: La persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima : Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

GARRIDO CARRILLO, F. (2019). *El decomiso. Innovaciones, deficiencias, y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*. Madrid: Dykinson.

GARZÓN, F. E. (2015). *Instituciones de Derecho Procesal Penal* . Bogotá, Colombia : Legis .

GONZALES, P. V. (agosto de 2017). *La Extinción de Dominio: Una Aproximación desde los Derechos Fundamentales*. Obtenido de Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 10. Año 10. ISSN 16594479. RDMCP-UCR : www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr

GORDILLO, A. (2015). “*Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*”, Tomo 9 primera edición. Obtenido de http://www.gordillo.com/#_blank

GREENBERG, T.; Samuel, L. y Wingate Grant, L. . (2009). *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Washington: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Banco Mundial.

- GUTIERREZ, J. O. (2008). *La Acción de Extinción de Dominio* . Bogotá, Colombia : Ediciones Nuevas .
- HASBÚN, C. (2018). El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al proyecto de Nuevo Código Penal. *Revista Ius et Praxis*, 430.
- IGUARÁN ARANA, Mario Germán y Soto Angarita, William de Jesús. (2015). *La Extinción de Diminio y Los Terceros de Buena Fe Exenta de Culpa*. Bogotá-Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- INFORME DE PROYECTO DE LEY “Ley de extinción de dominio”- expediente N° 19.571. (2016). , Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.
- JAÉN VALLEJO, M. y Perrino Pérez, A. (2016). *La recuperación de activos frente a la corrupción*. . Madrid : Dykinson.
- JARAMILLO, L. G. (2014). Bienes (adaptada al Código General del Proceso, al nuevo estatuto de registro, a la ley de garantías mobiliarias y al Código de Extinción de Dominio. *Themis* .
- JESCHECK, H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Olmedo Cardenete, M. (trad). (Vol. II). Lima : Pacífico .
- Jorge Eugenio Castañeda, c. p. (s.f.). “*Tratado De Derechos Reales*” Tomo II.
- Jorge, G. (2008). *Recuperación de Activos de la Corrupción* . Bueno Aires, Argentina : Editores del Puerto SRL .
- Jorge, G. (2008.). El decomiso del producto del delito. En *Recuperación de Activos de la Corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- LEY FEDERAL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (s.f.). Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFED.pdf>,
- MARTINEZ SÁNCHEZ, W. A. (2015). *La Extinción de Dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia*. Bogotá : UNODC.
- MAYER, O. (1951). *Derecho Administrativo Alemán Tomo III Parte Especial, El Derecho Público de las Cosas* . Buenos Aires : Depalma .
- MENDOZA DEL MAESTRO, G. (10 de octubre de 2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. Lima: Foro Jurídico.

- MOLINA, M. A. (2007). *El Comiso: Análisis Sistemático e instrumentalización cautelar*. Bogotá, Colombia : Universidad del Rosario .
- MUÑOZ COMPANY, M. (2015). La nueva regulación del decomiso en el Código Penal tras las Ley Orgánica 1/2015. Madrid: La Oficina de Gestión y Recuperación de Activos .
- MUÑOZ CONDE , F. (s.f.). *Teoría del Delito*. Valencia.: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. y García Arán, M. . (2007). *Derecho Penal. Parte General* . Valencia : Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ RAMIREZ, Melissa; Vargas Mora, Rafael Issac . (12 de Mayo de 2017). LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA AFECTACIÓN DE DERECHOS: ANÁLISIS COMPARATIVO . *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho* . San Jose , Costa Rica : Universidad de Costa Rica .
- PARDO ARDILLA, J. E. (2013). La Extinción de dominio, partes y tercera. *Tesis* . Colombia : Universidad Externado.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010). *La reforma penal de 2010: analisis y comentarios*. Pamplona : Aranzandi.
- QUINTERO, M. S. (2014). *El Enriquecimiento ilícito, el lavado de activos, el testaferrato y la extinción de dominio*. Bogotá, Colombia : Grupo Editorial Ibañez .
- RAMÍREZ CRUZ , E. (2007). *Tratado de Derechos Reales, Teoría General Tomo II*. Lima : Rodhas.
- RAMÓN RIBAS, E. (2003). La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria. *Estudios Penales y Criminológicos XXIV*.
- REVELO, M. G. (2019). *El Proceso de Extinción de Dominio en el Salvador* . San Salvador, El Salvador : Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, Unidad Técnica ejecutiva (UTE).
- RIVERA ARDILLA , R. (2017). *La Extinción de Dominio*. Bogota, Colombia: Leyer.
- RIVERA BUSTAMANTE, R. (2001). *Código Civil Comentado Tomo V Derechos Reales*., Lima : Gaceta Jurídica .
- ROIG TORRES, M. (2016). *La Regulación del Decomiso. El modelo alemán y la reciente modificación española*. *Estudios Penales y Criminológicos, XXXVI*.

- ROSAS CASTAÑEDA , J. A. (2019). Los Modelos de Decomiso: La Nueva Política Criminal Internacional de Privación de Dominio de Activos de Origen Ilícito. . *Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo 126*, 118- 164.
- SAMANIEGO, J. L. (1983). *Las Penas Patrimoniales en el Código Penal Español*. Barcelona : Bosch.
- SANTAMARIA DE PAREDES, V. (1911). “*Curso de Derecho Administrativo, Según sus Principios Generales* . Madrid : Imprenta Española.
- SANTANDER ABRIL , G. G. (2018). La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: su evolución hacia a extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. En I. F. Blanco Cordero, “*Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*” (págs. 425-503). Washington: Organización de los Estados Americanos – OEA, Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT).
- SENTENCIA. EXP. 05131-2005-AA/TC. (s.f.).
- SHERILYN KELLY SALAZAR, K. F. (Noviembre de 2017). “El Instituto de la extinción de dominio y el derecho fundamental de la propiedad: regulación sustantiva y tutela procesal. Costa Rica .
- TORRES, J. A. (2014). “*Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia*”,. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a03.pdf>
- VARGAS GONZÁLES, P. (2012). El Comiso del Patrimonio Criminal . *Tesis Doctoral* . Salamanca, España : Universidad de Salamanca.
- VARGAS, G. F. (2010). “*Reforma Procesal Penal: Sistema Acusatorio y Delincuencia Organizada*”. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/viewFile/8773/10824>
- VÁSQUEZ BETANCUR, S. (2018). *Fundamentos e imputación en materia de Extinción de Derecho de Dominio*. Obtenido de <http://bdigital.unal.edu.co/63935/1/TESIS%20FUNDAMENTOS%20E%20IMPUTACION%20EN%20MATERIA%20DE%20EXTINCION%20DE%20DERECHO%20DE%20DOMINIO%20-VASQUEZ%20BETANCUR.pdf>
- VÉLEZ ZHINDÓN , M. T. (2019). La nueva política criminal de recuperación de activos en casos de corrupción: Tratamiento Jurídico de la figura del Decomiso en Ecuador y España. *UDA Law Review*, 1-10.

VILLEGAS BASALVILBASO, B. (1956). *“Derecho Administrativo Tomo VI, Limitaciones a la Propiedad”*. Buenos Aires : Tipográfica .