

# 7ª Sesión CCERA

## Relatoría

*Erick Guimaray*  
*Centro de Gestión de Conocimiento*  
*Basel Institute para América Latina*

### **Contenido**

1	Acerca de este documento	2
2	Extinción de dominio por valor equivalente	2
2.1	Concepto	2
2.2	Requisitos	3
3.	Cuestionamiento: ¿la extinción de dominio por valor equivalente es una pena?	3
3.1	La ley no se legitima por sí misma	4
3.2	El fin no siempre justifica los medios	4
	Conclusión	5

## **1 Acerca de este documento**

El viernes 15 de septiembre de 2023 tuvo lugar la séptima sesión de la Comunidad de Conocimiento en Recuperación de Activos, que abordó la temática sobre extinción de dominio por valor equivalente. La exposición estuvo a cargo del Centro de Gestión de Conocimiento del Basel Institute para América Latina. Además, los comentarios a la exposición los realizó el Dr. Gilmar Santander.

Así, a continuación, se desarrolla brevemente las principales ideas expuesta en la 7ª sesión de la CCERA.

## **2 Extinción de dominio por valor equivalente**

### **2.1 Concepto**

No siempre prevista como causal o presupuesto de aplicación propiamente dicha, los sistemas de extinción de dominio de América Latina conocen la llamada afectación de bien lícito por valor equivalente al activo ilícito que fue objeto de investigación fiscal.

El fundamento de esta causal estriba en la imposibilidad de afectación (extinción de dominio) del bien de origen ilícito o de destinación ilícita, sea por razones fácticas o jurídicas como, por ejemplo, la pérdida del bien, su consumo total no rastreable, la interposición de la propiedad de un tercero de buena fe, la ubicación del activo en una plaza financiera impenetrable, etc. Esta situación frustraría la legítima pretensión del Estado de comisar la ilícita propiedad, así como de evitar la consolidación de la riqueza criminal. De modo que, la causal de extinción de dominio por valor equivalente se muestra como una herramienta de recuperación de activos eficaz frente a la bastante predecible problemática de desaparición de los bienes o activos ilícitos.

En este sentido, cabe extinción de dominio por valor equivalente de productos, instrumentos y efectos del delito. Salvo algunos especiales supuestos, como cuando el instrumento es en sí mismo peligroso y deba ser destruido, o cuando la afectación es desproporcional por afectar derechos fundamentales más allá de los fines político-criminales del sistema de recuperación de activos.

## **2.2 Requisitos**

Aunque no se trate de una cuestión unívoca en las leyes de extinción de dominio de la región, es posible enumerar algunos requisitos básicos para la aplicación de la causal de extinción de dominio por valor equivalente

1. La identificación de un activo.
2. El nexo de causalidad de ese activo con alguna de las acciones ilícitas o delitos previstos como infracciones fuente del proceso de extinción de dominio.
3. La imposibilidad jurídica o fáctica de persecución del activo.
4. La existencia de un activo lícito de valor equivalente y de propiedad de la misma persona titular del activo de imposible comiso.

Estos requisitos serían imprescindibles para cualquier ordenamiento que faculte a sus tribunales a decomisar civilmente activos lícitos por valor equivalente. Sin embargo, existen otros de orden material y procesal, como, por ejemplo:

1. La desaparición o la imposibilidad de persecución del bien es atribuible a su titular.
2. Un procedimiento especial para la ejecución del valor equivalente que contemple algún sistema de prelación con las demás acreencias que pudieren existir respecto del bien lícito.

Los requisitos de la causal de extinción de dominio por valor equivalente resultan del todo lógicos, como la propia causal, siempre que la atención esté puesta en no permitir que la pretensión del Estado se vea frustrada. Sin embargo, como cualquier figura jurídica, la extinción de dominio por valor equivalente no está libre de críticas, como a continuación pasamos a exponer.

## **3. Cuestionamiento: ¿la extinción de dominio por valor equivalente es una pena?**

La utilidad político criminal del decomiso por valor equivalente está fuera de discusión, no así su legitimidad cuando se ejecuta en el marco del proceso de extinción de dominio.

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial, de carácter real y de naturaleza jurisdiccional, autónoma e independiente de cualquier otro proceso. Está diseñada para determinar la ilicitud de un bien, no la culpabilidad de una persona, de hecho, está totalmente alejada de las discusiones penales, al extremo de ni siquiera requerir un proceso penal abierto y mucho menos una sentencia condenatoria previa (salvo algunas legislaciones, como la ecuatoriana). Este talante explica, también, su carácter imprescriptible y retrospectivo, como su estándar probatorio basado en el balance de probabilidades; cuestiones todas ajenas al razonamiento penal.

Por su parte, el decomiso por valor equivalente se sustenta en la *tesis del valor del bien*, donde la legitimidad del decomiso trasciende la persecución de un concreto activo ilícito, y se sustenta en una pretensión general de responsabilidad personal. Consecuentemente, en la *tesis del valor del bien*, la ilegalidad del activo pasa a un segundo plano, pues lo realmente importante es el comportamiento reprochable del sujeto que habilita al sistema jurídico a hacerlo pagar por el mismo, inclusive en lo referido al aspecto financiero del delito. Dicho de otro modo, solamente es posible optar por la *tesis del valor del bien* cuando la base de la persecución de la riqueza criminal no es la ilicitud de esta, sino la culpabilidad del reo.

Por esto, para el Derecho penal el decomiso es una pena accesoria. O aún más, para ciertos ordenamientos jurídico-penales es una pena principal de pérdida de la cosa (Bolivia) o patrimonial (Ecuador).

Entonces, tomando en cuenta la naturaleza jurídica *in rem* del proceso de extinción de dominio y el basamento *in personam* de la *tesis del valor del bien*, cabría reflexionar sobre la legitimidad de la extinción de dominio por bienes equivalentes.

### **3.1 La ley no se legitima por sí misma**

A favor de la legitimidad se podría hacer referencia simplemente a la previsión normativa. Es decir, la aplicación de la extinción de dominio por valor equivalente es posible porque así lo prevé la ley, decreto o reglamento.

No obstante, en un sistema jurídico donde el juez no es más boca que repite el texto de la ley, y donde la interpretación jurídica cumple un rol preponderante, el principio de legalidad no es únicamente *lex previa*. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dejado establecido hace muchos años que la calificación que los Estados le dan a una infracción solamente es un punto de partida para el análisis de su real naturaleza o tipología, restando por analizar la gravedad y la forma en que normalmente ha sido definida dicha infracción por el sistema jurídico en general (TEDH, Engel y otros v. Holanda, 1976).

Entonces, si una herramienta *in rem* afecta la propiedad a través de una causal que se basa en un razonamiento *in personam*, podría decirse que existe una subversión normativa: una sanción penal está siendo usada en un proceso no penal.

### **3.2 El fin no siempre justifica los medios**

Como respuesta al punto 3.1, podría decirse que, aunque la figura sea la misma (decomiso de valor equivalente) el fundamento es diferente. Es decir, el proceso de extinción de dominio no busca determinar la culpabilidad de una persona, sino preservar un estatuto de propiedad reconocido en la Constitución (función social de la propiedad), lo que a su vez le obliga a evitar la consolidación de la riqueza criminal frente a una concreta realidad donde el bien o activo ilícito ya no es perseguible.

Entonces, preservar la función social de la propiedad atacando la consolidación de la riqueza criminal reemplazaría al fundamento de culpabilidad del Derecho penal. En otras palabras, aunque se trate del mismo tipo de decomiso, el fundamento es diferente entre el Derecho penal y la acción de extinción de dominio.

Sin embargo, así planteada, la diferencia entre los fundamentos no sería pertinente. Es decir, la culpabilidad del condenado le permite al decomiso penal ir más allá del concreto bien ilícito que produjo el delito; en cambio, la finalidad político criminal de la extinción de dominio le permite atacar el concreto bien ilícito que produjo el delito, pero no más. Para que la acción de extinción de dominio ataque algo distinto a la cosa ilegal tendría que modificar su naturaleza, y pasar de *in rem* a *in personam*, pero resulta que el proceso de extinción de dominio no está diseñado para discutir responsabilidades personales.

Por lo tanto, la finalidad político criminal no debería ser conseguida a toda costa, pues cada herramienta tiene sus límites impuestos por su naturaleza jurídica. Y la naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio es *in rem*, y usarla para extinguir bienes lícitos sin contar con la determinación de culpabilidad del agente sería tanto aplicar una pena de modo subrepticio.

## **Conclusión**

El sistema de recuperación de activos es un instituto fundamental en la administración de justicia de los Estados y como mecanismo de combate a la delincuencia más peligrosa, por rentable y por dañina. En este propósito, la acción de extinción de dominio nace para yugular la riqueza criminal de ese tipo de delincuencia, pero dicha finalidad no puede primar sobre sus propios límites y naturaleza jurídica. Pues, un escenario de este tipo podría suponer la vulneración de derechos fundamentales como la propiedad y el debido proceso.

Si no queremos que la propia herramienta quede condenada a la obsolescencia en los tribunales internacionales que la mayor de las veces resuelve las pretensiones estatales de recuperación de activos, hace falta un análisis crítico y constante para uniformizar criterios y reivindicar la legitimidad de la acción de extinción de dominio.

Con este propósito, podría afirmarse que la causal de decomiso por valor equivalente pierde sostén dogmático cuando se le desvincula de la culpabilidad o del reproche personal, y se le inserta en un proceso pensado solamente para perseguir bienes o activos ilícitos.

La solución a esta problemática podría ir desde la creación de un estándar de prueba penal para aplicar valor equivalente (cuestión que terminaría por desnaturalizar completamente el proceso de extinción de dominio), hasta la eliminación de la causal, pasando por la exigencia de que la extinción opera con una sentencia penal previa (eliminando con ello la autonomía de la herramienta).

Por ende, preliminarmente pareciera que la solución más adecuada debería ser la eliminación de la casual. Sin embargo, este es un problema no zanjado, y que amerita profundas reflexiones provenientes de los y las especialistas en la materia.