

Retrospectividad e imprescriptibilidad en la Extinción de Dominio

Producto de Conocimiento

International Centre for Asset Recovery – Latin América | Enero 2022

Tabla de contenido

1	Sobre este documento	3
2	Retrospectividad y extinción de dominio	3
2.1	Introducción	3
2.2	Posición dominante	4
2.3	Posiciones contrarias	7
3	Análisis en el marco de la CCERA	9
3.1	Ponentes y temas	9
3.2	Retrospectividad de la extinción de dominio	10
3.3	Aspectos controversiales de la retrospectividad	11
4	Recapitulación crítica	12
5	Conclusiones	14

Sobre los autores

Oscar Solórzano, Director, Basel Institute on Governance – América Latina

Oscar Solórzano es jefe de la oficina para América Latina del Basel Institute en Lima (Perú) y especialista senior en recuperación de activos del International Centre for Asset Recovery (ICAR). Desde que se incorporó al ICAR en 2012 ha trabajado en una serie de casos de corrupción internacional y de recuperación de activos de alto perfil en el Perú y en toda América Latina. En colaboración con las autoridades judiciales, de fiscalía y de aplicación de la ley, ayuda a desarrollar y ejecutar estrategias para rastrear los activos ilícitos lavados a jurisdicciones extranjeras, incluida la incautación y el decomiso del producto del delito. oscar.solorzano@baselgovernance.org

Dennis Cheng, Especialista sénior en recuperación de activos, Basel Institute on Governance

Dennis Cheng se unió al Basel Institute on Governance en enero del 2021 como especialista senior en Recuperación de Activos en el International Centre for Asset Recovery (ICAR). Tiene su base en la oficina de América Latina del Instituto de Basilea en Lima, Perú. Es un especialista en sistemas de gestión de activos y decomisos. Ha trabajado como consultor y asesor de organizaciones internacionales como la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (CICAD / OEA), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs (INL) de las Embajadas de Estados Unidos en El Salvador, Honduras, Guatemala y Perú. dennis.cheng@baselgovernance.org

Erick Guimaray, Especialista legal sénior, Basel Institute on Governance

Erick Guimaray se unió al Basel Institute on Governance en junio del 2021 como especialista legal senior en el International Centre for Asset Recovery (ICAR). Es Doctor en Derecho y máster en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz, España, y tiene una acreditación internacional por la Universidad de Módena, Italia. Es profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima y se desempeñó como Procurador Adjunto Anticorrupción de Perú. erick.guimaray@baselgovernance.org

Reconocimientos

Los autores reconocen los aportes académicos de los miembros de la Comunidad de Conocimiento en materia de Recuperación de Activos (CCERA)¹ y en especial a los ponentes Dr. Jairo Acosta, Dr. Andrés Ormaza y el Mtro Efrain López, que sirvieron como base para el desarrollo del presente documento. Así como a los miembros del Comité Directivo, Dr. Emilio Urbina y Dr. Jorge Lara, quienes conformaron el grupo de revisión editorial y de contenido, por sus valiosos aportes.

¹ La Comunidad es un espacio diseñado con la finalidad que los profesionales involucrados en la recuperación de activos ilícitos puedan eficazmente difundir las buenas prácticas y lecciones aprendidas. La Comunidad es también un espacio de consulta e intercambio disponible en línea para los operadores de justicia implicados. Este producto de conocimiento no refleja necesariamente las opiniones de todos los miembros de CCERA o de sus instituciones, o del Basel Institute on Governance.

1 Sobre este documento

La Comunidad de Conocimiento busca, a través de sus reuniones virtuales y conforme al plan de trabajo del periodo 2021, dar pasos firmes hacia la consolidación y armonización de líneas interpretativas razonables en la aplicación de la ley de extinción de dominio. Esto es, bajo la convicción de las ventajas del pensamiento autocrítico, la CCERA apunta a contribuir en la discusión que reconozca a la extinción de dominio como un mecanismo jurídico complejo, pero al mismo tiempo útil y global, como eficiente respuesta político criminal ante la actividad de las más sofisticadas organizaciones criminales.

Así las cosas, los productos de conocimiento de la CCERA pretenden abordar asuntos puntuales de la figura de la extinción de dominio, siendo esta la tipología dominante de recuperación de activos ilícitos sin condena en América Latina. Por ende, a partir del amplio conocimiento sobre la materia de los miembros de la CCERA, se busca aclarar los conceptos de la extinción de dominio que suscitan o han suscitado controversia en su aplicación.

En concreto, en este producto se establecen las líneas esenciales de la problemática de la retrospectividad de la ley de extinción de dominio. En este sentido, se abordan, principalmente, la posición dominante en la materia; algunas posiciones contrarias o disidentes; y, finalmente, una perspectiva crítica que introduce al debate un nuevo ángulo de discusión referido a la extinción de dominio como una acción civil con contenido criminal, cuya legitimidad está acotada por el respeto a los derechos fundamentales.

2 Retrospectividad y extinción de dominio

2.1 Introducción

Una de las características y fortalezas que tiene la figura de la extinción de dominio es su carácter de aplicación atemporal (retrospectiva e imprescriptible), pero a su vez es una de las más controversiales y complejas de entender, porque podría pensarse *a priori*, que prescindir de esas garantías de base constitucional y supra nacional², propias del debido

² El art. 9 de la CIDH dice a la letra: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. En el mismo sentido, véase Grande Camara, Causa Scoppola (n. 2), sentenza 17 settembre 2009, p. 2.

proceso y del respeto por los derechos fundamentales del imputado, sería un yerro absoluto que pesaría sobre la ley de extinción de dominio.

En este sentido, para algunos, la ley de extinción de dominio no se aplica retroactivamente³, pues la base de su imposición es actual, pero sobre un acto jurídico anterior y nulo de adquisición de la propiedad de un bien o activo. Por esta razón, la extinción de dominio tendría solamente carácter declarativo, y su naturaleza jurídica se afincaría, además, en una base patrimonial de derechos reales⁴. Desde este punto de vista, se entendería que la extinción de dominio es de carácter retrospectivo, lo cual implica utilizar una determinada norma a sucesos anteriores a su entrada en vigencia, pero que nunca consolidaron una legítima situación jurídica, o no encontraron mecanismo alguno que permitiera su resolución de forma definitiva.

Así las cosas, la extinción de dominio debe entenderse como una regulación jurídica que se superpone a otra anterior (sobre un mismo supuesto de hecho), bajo el argumento (dominante) de que los efectos jurídicos de la anterior ley, no se han configurado completamente⁵.

Sin embargo, para otros el razonamiento anterior lesiona derechos fundamentales como la seguridad jurídica, entendiéndose como la certeza del derecho que tienen los ciudadanos de un país para que su situación jurídica no sea modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente aprobados. Es decir, para el caso de la figura de la extinción de dominio, al constituirse como un procedimiento atemporal vulneraría dicho derecho fundamental.

Con todo, el debate se abre en torno a conceptos fundamentales relacionados con el debido proceso, y el ejercicio razonable del imperio de la ley en un Estado de Derecho, en medio de un análisis de legitimidad de la acción de extinción de dominio.

2.2 Posición dominante

Como se viene mencionando, de acuerdo con la tipología (y la doctrina) dominante en América Latina, la ley de extinción de dominio puede aplicarse sobre activos o bienes ilícitos que se configuraron, inclusive, antes de su entrega en vigencia. Y así lo establece, específicamente, la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de Naciones Unidas: “La

³ La retroactividad es la posibilidad de aplicar una norma a situaciones de hecho consolidadas antes de su entrada en vigencia

⁴ ROSAS CASTAÑEDA, J.A. (2020). *Decomiso y Extinción de Dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 280.

⁵ En el mismo sentido, véase Procuraduría General del Estado (2021), *Compendio de Jurisprudencia de Extinción de Dominio*, Basel Institute, Lima, p. 162.

extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley”⁶.

Es decir, la acción de extinción se aplica retrospectivamente. Con ello, al tratarse de un procedimiento de carácter real, los conceptos clásicos del Derecho penal como la prescripción y no retroactividad de la ley (salvo para los casos que benefician al reo) no le son aplicables.

En sentido específico, la aplicación retrospectiva de la ley de extinción de dominio sobre bienes o activos ilícitos encontraría sustento en la falta de consolidación del derecho de propiedad del bien o del activo, debido a la inexistencia de un título válido de adquisición o disposición. En otras palabras, si la acción de extinción puede aplicarse hacia atrás, es porque recae sobre bienes o activos configurados ilícitamente, en cuya virtud, no es posible reconocer un válido derecho de propiedad ni ningún acto jurídico de disposición o adquisición. Por tanto, la retrospectividad simplemente significaría el reconocimiento de un derecho de propiedad nulo *ab initio*, con causa en la ilicitud; y por ende, daría lo mismo la fecha en que entró en vigencia la respuesta jurídica ante esa ilicitud.

Esta posición dominante o estándar fue preconizada e introducida en la discusión por la Corte Constitucional Colombiana. Así, de acuerdo con la alta judicatura colombiana, la ley de extinción de dominio actúa de manera análoga a una acción civil de contratación de nulidad, pues, en definitiva, la propiedad de los activos o bienes sobre los que recae la acción de extinción fue putativamente obtenida en abierta transgresión del derecho vigente. Y como lógica consecuencia de este argumento, la Corte Colombiana considera que la mala fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional⁷.

A mayor ahondamiento, varios países de la región han introducido en sus sistemas jurídicos y en su práctica judicial los preceptos de constitucionalidad, como es el caso de la sentencia de la Sala de lo Constitucional 146-2014/107-2017 de El Salvador, de fecha 28.05.2018, al señalar que “una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Es decir, la retroactividad exige que la situación jurídica de que se trate ya haya cumplido con las normas que prevén las condiciones necesarias para su surgimiento” (p. 19). En este sentido se empieza a establecer la compatibilidad constitucional de la extinción de dominio, afirmando que no se trata de una sanción penal o administrativa, sino de un instrumento que se adecua a las disposiciones constitucionales

⁶ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, art. 3.

⁷ La Corte Constitucional siempre ha entendido que la extinción de dominio no tiene el efecto de extinguir un derecho adquirido, sino de declarar que el derecho no nació y solo existe en apariencia porque su título está viciado, véase MARTÍNEZ SÁNCHEZ, W. A. La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. UNDOC, *La extinción del derecho de dominio en Colombia. Especial referencia al nuevo Código*. Martínez Sánchez, W. (Coord.), Bogotá, p. 33.

que estatuyen normas constitutivas y regulativas acerca del derecho de propiedad. Y recalca que la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita, porque tiene efectos permanentes y la destinación implica un carácter continuado. En otras palabras, la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo⁸

Asimismo, la sentencia 1739-2012 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala señaló que al no existir un derecho consolidado que proteger, dado que la expectativa de un derecho que se ampara en actos ilegítimos no puede ser protegida, queda expedita la vía de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactiva.

En todo caso, ya desde el año 1991, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley de Extinción de Dominio (2010), la posición de la jurisprudencia guatemalteca sentaba sus fundamentos al señalar que "para que una ley sea retroactiva, es indispensable que obre sobre el pasado y que lesione derechos plenamente adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, para modificarlos. El derecho adquirido existe cuando se consolida una facultad, un beneficio o una relación en el ámbito de la esfera jurídica de una persona (...) Por esto, el principio de irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos plenamente, a las situaciones agotadas o a las relaciones jurídicas consagradas; y no a las simples expectativas de derechos ni a los pendientes o futuros"⁹.

Por su parte, la jurisprudencia de Honduras mediante sentencia RI-706-11¹⁰, señalaba que si bien es cierto su carta magna contempla la irretroactividad de la ley¹¹, también lo es, que al hacer el juicio de contraste entre la norma constitucional y el cuestionado artículo de la Ley de Privación del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, no se encuentra que contravenga la norma constitucional; y esto se estima así, dado el carácter objetivo y real de la acción de extinción de dominio que posibilita su aplicación con independencia del momento en que se adquirieron los bienes; acción que únicamente se llevara a cabo cuando concurren las causales de extinción de dominio.

Sigue señalando la Corte que esta regulación excepcional de aplicación atemporal es pertinente porque las actividades ilícitas relacionadas con el crimen organizado atentan de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana.

⁸ Martínez Osorio, Martín: "La extinción de dominio es constitucional", Revista Penal, dirigida por el prof. Dr. Dr. José Hurtado Pozo, Universidad de Freiburg (Suiza), 2021.

⁹ Corte Constitucional de Guatemala, sentencia 364-90 de fecha 26 de junio 1991. Citada en, Corte de Constitucionalidad, Exp. N° 1739-2012, de fecha, 06.05.2014, p. 2.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, sentencia RI-706-11 de fecha 01 de octubre del 2013.

¹¹ Constitución de la República de Honduras, artículo 96: "La ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado".

En el caso peruano a la fecha no existe un recurso de inconstitucionalidad planteado respecto al tema de la atemporalidad de la Ley de Extinción de Dominio, sin embargo, cabe recalcar que la crónica judicial da cuenta de esta aplicación retrospectiva en algunos casos. Así, por ejemplo, en mayo de 2019, el Juzgado Especializado en Extinción de Dominio emitió resolución de extinción de dominio sobre una cuenta bancaria en Luxemburgo por más de 1 USD millón. Aunque esos fondos se originaron en actos de corrupción pública relacionados con la adquisición de material de guerra por la Marina del Perú, en la década de 1990 a 2000. Otro ejemplo de la aplicación retrospectiva de la acción de extinción de dominio es la sentencia emitida por Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio, en diciembre de 2020, sobre una cuenta bancaria de más de 600 USD mil. Es el caso denominado “La Monja”, cuyo proceso penal se llevó a cabo contra Nelly Evans por delito de terrorismo, en el año 2016, aunque los hechos juzgados -incluida la creación de la cuenta y la transferencia de dinero-, son de la década de los 80.

A pesar de la experiencia judicial y del argumento constitucional, esta manera de concebir el derecho viene siendo cuestionada a través de amparos constitucionales; y, en casos más extremos, ha sido excluida de plano por los órganos legislativos y las cortes constitucionales de algunos países.

2.3 Posiciones contrarias

En efecto, la legitimidad de la acción de extinción de dominio no es una cuestión unívoca, al extremo de haber sido calificada por la Corte Constitucional de Ecuador, como una forma de persecución o expansión desmesurada de la capacidad sancionatoria del Estado sobre el patrimonio¹².

La alta corte ecuatoriana no solamente muestra su rechazo a la figura, sino que intrínsecamente le reconoce a la acción de extinción de dominio una naturaleza jurídica sancionatoria. Esta posición implica que el proceso de extinción no se limita a reconocer un ejercicio patrimonial ilegítimo del pasado (como normalmente se afirma), en virtud del cual se ejecuta una consecuencia lógica: la extinción. Sino que, por el contrario, en sus fueros se castiga la disposición patrimonial ilícita, es decir, se sanciona una concreta acción ilegal, un ejercicio ilícito de la propiedad. Lo cual incluye, podría decirse, un castigo para la persona que ejerce ilícitamente su propiedad.

Por otro lado, la ley mexicana de extinción de dominio prevé la imprescriptibilidad de la acción para bienes que sean de origen ilícito. Pero para los bienes destinados a actividades ilícitas sí se considera un tiempo límite de 20 años, para ejercer la acción de extinción. Es

¹² Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen N° 1-21-OP/21, de fecha 17 de marzo de 2021, fundamento 54.

más, de acuerdo con la misma norma mexicana, la titularidad del fiscal para ejercer la acción de dominio caduca a los 10 años, contados desde que fue informado de la existencia de bienes susceptibles de aplicación de la extinción de dominio¹³.

En este escenario se observa un rechazo parcial al argumento de la nulidad *ab initio*. Esto es, si la ley prevé un tiempo límite para la aplicación de la acción de extinción, es porque implícitamente reconocerá la validez jurídica de los bienes pasado cierto tiempo, o con causa en la ineficiencia de la fiscalía para avocarse a una investigación patrimonial. Por lo demás, podría afirmarse que la prescriptibilidad y caducidad de la acción de extinción de dominio se debe, precisamente, a la concepción sancionatoria que se tiene de la propia acción de extinción. Pues, ya ubicando a la figura en esa clasificación, por regla general, el *ius puniendi* del Estado no es perenne.

Por su parte, el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece que la acción de extinción de dominio prescribe a los 15 años, contados a partir de la fecha en que se adquirió el bien sujeto a la extinción¹⁴. Este límite muestra, como en la ley mexicana, que el argumento de la nulidad *ab initio* no siempre es de recibo por el legislador, o no completamente. Luego, también debería volverse a señalar que la renuncia a la persecución de activos pasado cierto tiempo, sería consecuencia de reconocer una naturaleza sancionatoria en la acción de extinción de dominio, que no puede durar para siempre.

Ahora bien, al margen de estas posiciones disidentes respecto de la postura mayoritaria, cabe señalar que el tiempo de prescripción no deja de ser una cuestión de arbitraria determinación, y que las posibles repercusiones de fijar un límite temporal a la acción de extinción de dominio deberían ser parte de la reflexión legislativa. Pues si el paso del tiempo hace desaparecer el interés en extinguir el dominio de un bien o activo ilícito, podría suceder que las grandes organizaciones criminales decidan concentrar aún más sus esfuerzos en ocultar sus bienes ilícitos, lo cual complicaría más la labor fiscal.

En definitiva, desde argumentos a favor o en contra, la discusión sobre la retrospectividad de la acción de extinción de dominio debería ponderar, en medio de una postura respetuosa de los derechos humanos, entre las ventajas (operativas principalmente) y los efectos adversos que puede traer consigo el límite temporal de la acción. Especialmente cuando se trata de la alta criminalidad económica o corrupta, que cuenta con estrategias y recursos lo suficientemente sofisticados para gozar de sus fortunas ilícitas de la manera más desapercibida posible.

¹³ Ley Nacional de Extinción de Domingo, publicada el 09 de agosto de 2019, art. 11.

¹⁴ Ley Orgánica de Extinción de Dominio, publicada el 14 de mayo de 2021, art. 4.

3 Análisis en el marco de la CCERA

El día 01 de septiembre de 2021, la Comunidad de Conocimiento se reunió para discutir los problemas jurídicos en torno a la retrospectividad de la ley de extinción de dominio, como parte de un propósito conjunto de profundizar en el estado de la cuestión sobre la materia.

3.1 Ponentes y temas

En esta segunda sesión de la CCERA se abordó la retrospectividad en la aplicación de la extinción de dominio, a partir de sus principales fundamentos dogmáticos, pero también de sus puntos controvertidos.

Box 1: Ponentes

Jairo Acosta. Procurador Público de Colombia. Experto en materia de extinción de dominio

- Los principios jurídicos puestos en tensión con la retrospectividad son la seguridad jurídica y la legalidad.
- La cadena de transmisiones hace difícil identificar el momento exacto donde se origina o destina ilícitamente el bien. Pero, la importancia del supuesto, su difícil persecución, y la ineficiencia de otros instrumentos legitima que la acción de extinción puede aplicarse en cualquier momento sobre bienes ilícitos.
- La extinción de dominio sobre bienes ilícitos persigue el origen por nulidad del acto, y la violación del propósito de la propiedad.

Efraín López. Fiscal Jefe de la Unidad Especializada en Extinción de Dominio (México)

- La aplicación atemporal de la acción de extinción de dominio se basa en la actual ilicitud de un bien.
- La acción de extinción resguarda el orden público y el interés social, y reivindica que la ilicitud de un bien no desaparece con el simple paso del tiempo.
- En la ley de extinción de dominio mexicana no es posible aplicar el presupuesto de instrumentalización.

Andrés Mejía. Director del Programa Sector Justicia. PADF (Ecuador)

- El ordenamiento ecuatoriano prevé la prescripción de la acción de extinción en 15 años. Excluye la acción sobre bienes ilícitos por destinación. Y requiere una sentencia condenatoria y ejecutoriada para aplicar la extinción de dominio.
 - La concepción del proceso de extinción como un mecanismo sancionatorio contrasta con el propio supuesto de hecho, donde el bien ilícito nunca se encontró bajo la titularidad del sujeto, y, por ende, este no recibe sanción alguna sobre lo que no es suyo.
 - La crítica más importante sobre la acción de extinción, hecha por la Corte Constitucional ecuatoriana, es que se trata de una persecución infinita a la propiedad de las personas.
-

3.2 Retrospectividad de la extinción de dominio

Aplicar la extinción de dominio sobre bienes ilícitos que circulan en el tráfico jurídico desde mucho antes de la entrada en vigor de la ley de extinción, sería una forma bastante eficaz de yugular los réditos de las grandes organizaciones criminales. Inclusive de las que fueron juzgadas en los fueros penales, pero sin que la autoridad penal se haya pronunciado sobre sus activos.

De acuerdo con la posición mayoritaria, la extinción de dominio es un instrumento para garantizar la licitud de los derechos reales. Entonces, si los bienes de origen ilícito o destinados a fines ilícitos no pierden su estatus de ilicitud (*ab initio*) con el mero transcurrir del tiempo (tampoco se convalidan con otros actos jurídicos particulares), la extinción del dominio sobre ellos es una cuestión bastante razonable. Es más, admitir un límite temporal de aplicación de la acción de extinción de dominio, sería tanto como usar al propio Derecho para legitimar el estatus ilícito de los bienes o activos anteriores a la ley de extinción.

En este sentido, la ley de extinción no impone un estatus jurídico a futuro sobre los bienes o activos, sino que les reconoce una situación ilícita anterior, que está pendiente de resolverse. De hecho, podría decirse que la aplicación atemporal de la extinción de dominio resuelve una situación originariamente irregular de los bienes.

Pero, tratándose de los bienes ilícitos por destinación, el fundamento sería menos contundente. En la acción de extinción de dominio por destinación se afectan bienes lícitos cuya propiedad sí se ha consolidado, es decir, *prima facie*, no estamos frente a derechos reales nulos *ab initio*. Pero la solución a este supuesto apela nuevamente a un razonamiento afincado en el ejercicio del derecho a la propiedad y la reivindicación de los derechos reales. Esto es, la destinación de bienes lícitos hacia fines ilícitos es un abuso del derecho de propiedad, por ende, lo instrumentalizado también se torna ilícito.

Por lo dicho, la legitimidad de la acción de extinción de dominio no pasaría por discutir la fecha del acto ilícito que origina el bien o lo instrumentaliza. Sino que el punto central será argumentar que el título sobre el bien no es válido, ni antes ni ahora ni después.

3.3 Aspectos controversiales de la retrospectividad

Los expertos de la Comunidad de Conocimiento también dieron cuenta de que, a pesar de los argumentos a favor de la retrospectividad de la extinción de dominio, la discusión aún no ha sido zanjada. En ese sentido, se dice que más de un valor o principio jurídico estaría en tensión con la aplicación retrospectiva de la acción de extinción de dominio.

Señaladamente, los principios de seguridad jurídica, legalidad y derechos adquiridos serían los valores sacrificados con la atemporalidad de la extinción de dominio. Y, por otro lado, el tráfico y la sostenibilidad mercantil estarían en constante amenaza, si los bienes estuviesen siempre a merced de una acción estatal de decomiso sin condena, pues no habría incentivos para la adquisición de bienes. Y contando con dicha amenaza, de nada servirían las relaciones jurídicas previas que se puedan haber tejido en torno a un bien (derechos adquiridos), si la acción de extinción de dominio, dado el caso, afectará al bien y a los derechos que se tengan sobre él.

Sin embargo, estas críticas no serían del todo acertadas.

En un Estado Constitucional de Derecho el principio de legalidad, podría decirse, tiene una envergadura mucho más amplia, que la propia del Estado Liberal Burgués. Es decir, una ley aplicable al régimen del derecho de propiedad, como la extinción de dominio, no puede retroceder ante las apetencias o intereses patrimoniales particulares, menos aun cuando están rodeados de connotaciones ilícitas o delictivas. Con lo cual, la propiedad no puede tener solamente un tratamiento individualista de protección legal, desconociendo, al mismo tiempo, la obligación de su ejercicio lícito, aunque se trate de un evento pasado y anterior a la vigencia normativa de la acción de extinción.

Luego, como ocurre con los delitos de lesa humanidad, razones genéricas como la dificultad y necesidad de persecución judicial habilitan la vigencia de una acción estatal permanente sobre los bienes de las grandes organizaciones criminales, cuya capacidad lesiva es tan importante como sus propios recursos para procurarse impunidad, y para ocultar sus ingentes ganancias. Entonces, sea por la ineficiencia del Derecho Penal para hacer frente al riesgo de ocultamiento de los bienes o activos, o por la general insuficiencia de otras figuras jurídicas, la acción de extinción de dominio se yergue como una herramienta casi indispensable.

4 Recapitulación crítica

A pesar de que es un concepto netamente de derecho civil, no podemos dejar de lado que la extinción de dominio nace como una herramienta jurídica para debilitar el brazo financiero de las organizaciones criminales (de allí que se le reconozca un telos preventivo). Desde este concreto punto de vista, la ley de extinción de dominio es una medida político criminal frente a procesos judiciales (penales) pasados e ineficientes en la tarea de la recuperación de activos ilícitos. Y en relación con este objetivo, la retrospectividad es un elemento nuclear. Precisamente debido a su función político criminal, la extinción de dominio se aplica ordinariamente a situaciones acontecidas antes de la adopción de la ley. Y los aparentes problemas de fondo en torno a la retrospectividad a lo mejor solamente se deban a la confusión de intentar aplicar garantías penales sobre un proceso que no es penal.

El proceso de extinción de dominio es una acción civil de naturaleza criminal. Esto es, se dirige sobre bienes o activos, no sobre personas, pero bajo una dirección político criminal diseñada para atajar los réditos económicos de las grandes organizaciones criminales. Que se trate de una acción civil hace que no se le apliquen las garantías básicas que el Derecho penal conoce¹⁵, pues, en sentido estricto, la pretensión fiscal no se dirige contra el titular, sino contra su bien, por tener origen o destinación ilícita.

Entonces, la acción de extinción de dominio somete a los bienes producidos o instrumentalizados delictivamente con anterioridad a su vigencia, pero no lo hace porque los actos constitutivos de adquisición o disposición de esos bienes hayan sido nulos. Sino porque en virtud de una indagación patrimonial eficiente y en el marco del debido proceso, existe una alta probabilidad de que esos bienes sean fruto, efecto, ganancia o sirvan para la comisión de delitos a manos de las organizaciones criminales¹⁶.

No se trata entonces de hacer gravitar la acción en un asunto patrimonial, absolutamente ajeno a los fines político criminales de la acción de extinción. Así, por ejemplo, si cabe extinción de dominio por destinación, a pesar de que el bien fue adquirido con justo título patrimonial, es porque la naturaleza de la acción no es estrictamente patrimonial, sino civil de naturaleza criminal.

¹⁵ SCHABAS, W. (2015), *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, p. 335

¹⁶ Un estándar probatorio donde la ilicitud es más probable que la no ilicitud, véase Sala de Extinción de Dominio, Corte Superior de Justicia de Arequipa, Resolución N° 21-2020, de fecha, 10.10.2020, p. 3.

Cabe señalar que esta posición crítica no reivindica, como sucede en el ordenamiento ecuatoriano¹⁷, por ejemplo, que se requiera una sentencia penal para recién aplicar la acción de extinción. Es decir, el carácter real (no penal) del proceso es un fundamento insoslayable. Y por lo mismo, también debe indicarse que el proceso de extinción no es fuente de prohibiciones, con lo cual, la ilicitud de origen o destinación siempre deberá remitirse a normas previas, que califiquen esa ilicitud.

Por lo dicho, el problema de la retrospectividad pasa definitivamente por definir la naturaleza jurídica del proceso de extinción de dominio. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (case of Engel and Others v. The Netherlands, fundamento 82¹⁸), ha establecido que la formalidad de la ley solamente es un punto de partida en el análisis, pues la naturaleza jurídica de una norma termina de configurarse a partir de su valoración sistemática y material con el resto del ordenamiento jurídico.

Así, aunque el legislador establezca que la extinción de dominio es un proceso civil con contenido patrimonial, e incluso mencione, como el ordenamiento peruano, que la finalidad del proceso es garantizar la licitud de los derechos reales (art. 1 D.Leg. 1373), la naturaleza jurídica de la acción de extinción aún podrá ser matizada.

Como se dijo, la extinción de dominio es una acción civil de naturaleza criminal. Pero su legitimidad termina de configurarse en relación con los derechos humanos de las personas. Esto es, aunque la acción de extinción se encuadre en el derecho personal de la propiedad; existe un marco de principios y valores fundamentales que deben observarse, como, por ejemplo: el debido proceso, el principio de proporcionalidad en la medida aplicable, el derecho de defensa, la proscripción de la confiscatoriedad del Estado, entre otros. Esta reivindicación de derechos se deja ver, sin disimulos, cuando la buena fe del adquirente prevalece sobre la persecución estatal de los bienes ilícitos.

Finalmente, el respeto por los derechos fundamentales que acotan la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio es una cuestión a tomar en cuenta no solamente para interpretar la ley, sino para crearla. De modo que, una norma de extinción de dominio basada en principios y garantías tiene más posibilidades de consolidarse como una herramienta global y eficiente, tanto para reivindicar la legalidad del ejercicio patrimonial, como para fundamentar la finalidad político criminal de anular el brazo financiero de las organizaciones criminales.

¹⁷ Art. 7. Ley Orgánica de Extinción de Dominio (Ecuador).

¹⁸ Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57479%22%5D%7D>. Fecha de consulta: 19.10.2021.

5 Conclusiones

La acción de extinción de dominio es una herramienta eficiente para resguardar tanto el ejercicio legítimo del derecho de propiedad, como para atajar el enriquecimiento fulgurante que produce las grandes organizaciones criminales.

Sin embargo, su eficiente operatividad debe ir de la mano de una discusión mesurada sobre su naturaleza jurídica. Al respecto, la extinción de dominio es una acción civil con contenido criminal, que acota su legitimidad en el respeto de los derechos fundamentales.

No se trata entonces de una medida penal, y, por ende, no se aplican los parámetros que en el fuero penal son determinantes, como, por ejemplo, la irretroactividad de la ley.

En este sentido, y como lo dijera los especialistas de la CCERA, una correcta determinación de la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio permitirá guiar la aplicación de la figura sobre objetivos legítimos. Pero este objetivo aún está pendiente, y el debate sigue abierto.