



La **extinción del dominio** de bienes instrumentalizados



La publicación "La extinción del dominio de bienes instrumentalizados" es un producto de conocimiento elaborado en el marco del Programa de Fortalecimiento de la Gestión de Finanzas Públicas a Nivel Subnacional en el Perú (2024-2028) - Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO, implementado por el Basel Institute on Governance.

Editado por:

Basel Institute on Governance Sucursal Perú

Av. Jorge Basadre 870 - San Isidro

Lima - Perú

T (+51) 977 187 775

www.baselgovernance.org

www.gfpsubnacional.pe

Con apoyo de:

Programa de Cooperación Económica de Suiza

Secretaría de Estado para Asuntos Económicos - SECO

Embajada Suiza

Av. Salaverry 3240, San Isidro, Lima, 27

T (+51 1) 264 0305

seco.lima@sdc.net

www.cooperacionsuiza.pe/seco

www.seco.admin.ch

Elaboración de contenidos:

Erick Vladimir Guimaray Mori, Deily Arlene Pereda Rodríguez, Sergio Enrique Rodríguez Salinas, Walther Javier Delgado Tovar, Sergio Jiménez Niño.

Revisión de contenidos:

Centro de Gestión de Conocimiento - ICAR Latam

Corrección de estilo:

Gabriel Prado Límaco

Apoyo editorial:

Romina Cruz Valencia

Diseño y diagramación:

Percy López

ISBN: 978-612-47647-9-0

1a. edición - junio 2024

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2024-04859.

Tiraje 1000 ejemplares. Impreso en material sostenible.

Se terminó de imprimir en:

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pje María Auxiliadora 156-164

Breña - Lima 5 - Perú

Se autoriza la reproducción total o parcial de este documento, siempre y cuando se mencione la fuente. Distribución gratuita. Prohibida su venta.

La **extinción del dominio** de
bienes instrumentalizados

1

El contenido de esta publicación no refleja, necesariamente, la opinión del Basel Institute on Governance, de la Universidad de Basilea o del Gobierno suizo.

Presentación

El Programa de Fortalecimiento de la Gestión de Finanzas Públicas a nivel Subnacional en el Perú (2024-2028) busca fortalecer las capacidades de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley, especialmente aquellos que participan en los procesos de recuperación de activos en los niveles central y subnacional.

En los últimos años, la recuperación de activos ha ocupado un importante lugar en la política criminal peruana, especialmente mediante la dación del Decreto Legislativo 1373 - Decreto Legislativo sobre Extinción de Dominio, que incorpora al ordenamiento jurídico peruano un poderoso instrumento para contrarrestar el patrimonio criminal. La consolidación de esta herramienta precisa de conocimientos especializados en la materia, así como la correcta interpretación de las categorías y presupuestos de la extinción de dominio, en armonía con los principios del Estado Constitucional de Derecho que la alberga.

Con miras a la consecución de este objetivo, el Programa GFP Subnacional reconoce el importante rol de la doctrina jurídica como fuente mediata para aliviar los cuestionamientos que surgen en la aplicación de las leyes, y para orientar el conocimiento hacia la correcta adopción de decisiones. Por ello, esta publicación académica es un producto de conocimiento creado con la finalidad de servir como insumo teórico y práctico en la aplicación de la extinción de dominio.

En su primer número, con el fin de coadyuvar en el proceso de especialización de los operadores de justicia, esta publicación aborda diversas cuestiones jurídicas acerca de la recuperación, a través de la extinción de dominio, de los instrumentos empleados en la comisión de actividades ilícitas, dada su disposición para la lesión de bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento.

Contenido

| | |
|--|----|
| Presentación | 5 |
| Contenido | 6 |
| Colaboradores | 7 |
| La extinción de dominio de la propiedad instrumentalizada para cometer crímenes: entrevista a Oscar Solórzano | 9 |
| Proporcionalidad y extinción del dominio de instrumentos lícitos | 17 |
| El valor económico de los bienes instrumentalizados | 29 |
| ¿Instrumentalización de bienes de "terceros"? Extinción de dominio y límites al derecho de propiedad del titular ajeno al delito | 37 |
| Reflexiones sobre la extinción del dominio de bienes equivalentes | 51 |
| Los instrumentos en la actividad ilícita de contrabando. Un caso derivado del proceso penal al de extinción de dominio | 63 |

Colaboradores



Walther Delgado

Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, es Especialista Senior en Recuperación de Activos del Basel Institute on

Governance. Desde el Programa "Corrupción Verde", brinda asistencia técnica en investigación financiera y patrimonial, así como estrategias de recuperación de activos a operadores de justicia en diferentes países de Latinoamérica.

temático del componente de recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza - SECO, además de liderar uno de los proyectos del programa "Corrupción Verde". Brinda asistencia técnica en prevención y lucha contra la corrupción, lavado de activos y recuperación de activos provenientes de estos ilícitos y de aquellos medioambientales.



Erick Guimaray

Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad de Cádiz. Actualmente, es Especialista Senior en Recuperación de Activos del Basel Institute on Governance,

y se desempeña como Jefe del Centro de Gestión de Conocimiento, donde brinda soporte académico y conceptual en materia de recuperación de activos a los programas del Centro Internacional para la Recuperación de Activos (ICAR, por sus siglas en inglés), en diferentes países de Latinoamérica. Además, dirige la Comunidad de Conocimiento en Recuperación de Activos, espacio de intercambio de experiencias en esta materia entre profesionales del continente americano.



Deily Pereda

Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es consultora en recuperación de activos del Programa GFP Subnacional de la Cooperación

Económica Suiza - SECO, implementado por Basel Institute on Governance, dedicada a proporcionar asesoría técnica y jurídica a los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley de diferentes regiones del país, a través de análisis legales, diseño de estrategias jurídicas e investigativas, capacitación técnica, y la elaboración de instrumentos de mejora de gestión.



Sergio Jiménez

Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo.

Actualmente, es Especialista Senior en Recuperación de Activos del Basel Institute on Governance, y se desempeña como coordinador



Sergio Rodríguez

Magíster en Sistema Penal y Criminalidad por la Universidad de Cádiz, y Magíster en Docencia Universitaria por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Actualmente, es Especialista en Recuperación de Activos del Basel Institute on Governance, dedicado a realizar investigaciones sobre diversos temas legales, así como las tendencias actuales y mejores prácticas en recuperación de activos, además de desarrollar productos de conocimiento e impartir capacitaciones para la región de América Latina.



La extinción de dominio de la propiedad instrumentalizada para cometer crímenes:

entrevista a Oscar Solórzano, director del Centro Internacional para la Recuperación de Activos del Basel Institute on Governance para América Latina.

¿Qué significa que la propiedad lícita puede ser extinguida y por qué es importante para la política criminal de un país?

El decomiso de los instrumentos del delito es un estándar internacionalmente reconocido, además de una forma incuestionable y legítima de lucha contra la criminalidad económica, contemplada en todas las convenciones internacionales sobre este tema. De hecho, esta forma de decomiso existe en el derecho comparado incluso antes de que el concepto moderno de lucha contra el crimen organizado, a través de la supresión de sus beneficios, haga su aparición en la política criminal internacional ("*the profit-oriented strategy of crime control*"). Su tratamiento legislativo privilegiado se ha dado en el derecho penal y el derecho administrativo.

Recientemente, con la adopción de nuevas leyes en materia de recuperación de activos, se introdujo el decomiso de los instrumentos del crimen en procedimientos que no implican la condena del criminal. La extinción de dominio¹ es una de esas leyes y permite la extinción, léase el decomiso sin condena, de instrumentos del delito (por lo general, lícitos) utilizados para cometer delitos en varios escenarios. En la actualidad, no es posible concebir la lucha contra la delincuencia económica sin contar con este tipo de herramienta legales.

¹ En este texto, los términos extinción de dominio, decomiso civil y decomiso sin condena son empleados de manera equivalente, al mismo tiempo que se les reconoce diferencias en sus tratamientos procesales. Lo determinante es que se trata de herramientas legales que permiten el decomiso de un activo, independientemente de la determinación de la culpabilidad de una persona.

Las economías criminales en la región

La realidad criminal que emerge de estudios recientes muestra un cuadro desolador sobre el desarrollo de las organizaciones criminales en el Perú² y en la región³:

- El desarrollo galopante de las organizaciones criminales representa uno de los frenos al desarrollo sostenible. Además, impone costes significativos a las economías latinoamericanas, absorbiendo al menos el 3,5% de la producción económica de la región, el doble que en los países desarrollados⁴. Esta cifra es comparable al presupuesto de infraestructura de la región⁵.
- La criminalidad vinculada a las diversas formas de delincuencia organizada crece de forma persistente en la región⁶.
- La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha estimado los flujos financieros ilícitos en América Latina y el Caribe en USD 325 000,00 millones por año⁷. La recuperación de activos, en cambio, sólo representa el uno por ciento de los flujos financieros ilícitos estimados⁸.
- Por lo anterior, parece necesaria una reacción revitalizada de política criminal de los estados para contrarrestar los efectos negativos de la delincuencia organizada, mediante la creación de mecanismos destinados a luchar contra los "flujos financieros ilícitos (FFI)"⁹.

Si se entiende, entonces, que el decomiso de instrumentos obedece a una necesidad de orden social, ¿por qué la extinción de dominio de los instrumentos del crimen es una cuestión controvertida?

Por varios motivos. Debe quedar claro antes que, en mi opinión, la controversia no se extiende a la ley de extinción de dominio en su conjunto, que, además de instrumentos, permite en primer lugar el decomiso sin condena de productos o efectos del crimen, de los activos que conforman el enriquecimiento ilícito o incluso de los bienes entremezclados o contaminados. La distinción entre estas categorías de activos resulta esencial para entender la problemática y las dificultades que suscita la extinción de los instrumentos del crimen.

La controversia se refiere, puntualmente, a los estándares que se deben aplicar a los diferentes casos de extinción de instrumentos del crimen. En el ámbito regional, los estándares aplicables difieren notablemente. Por ejemplo, existen leyes que permiten la extinción de instrumentos utilizados o por utilizar, relacionados a delitos o "actividades ilícitas", pertenecientes al autor del delito o a terceros, etc. En algunos casos, existen defensas legales efectivas y se aplican reglas de proporcionalidad y razonabilidad. En otros, sin embargo, como es el caso de México, la extinción de dominio no procede contra bienes de origen lícito, sin importar su implicación en la comisión de delitos¹⁰.

² El Índice AML del Basel Institute on Governance estima que los riesgos asociados al lavado de activos y a la financiación del terrorismo son estructurales en América Latina y se reconocen como una amenaza para la democracia y la estabilidad de la región. Véase Basel Institute on Governance (2022). Basel AML Index 2022: 11th Public Edition. Ranking money laundering and terrorist financing risk around the world. <https://baselgovernance.org/publications/basel-aml-index-2022>

³ Insight Crime (2022). Asset forfeiture in Latin America: a moral dilemma?

<https://insightcrime.org/news/latin-america-stranglehold-world-most-violent-cities-list/>

⁴ Muggah, R. & Aguirre Tobo?n, K. (2018). Citizen security in Latin America: Facts and Figures. Igarape? Institute, 12.

<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Citizen-Security-in-Latin-America-Facts-and-Figures.pdf>

⁵ Jaitman, L. (2019). Frontiers in the economics of crime: lessons for Latin America and the Caribbean. Latin American Economic Review, 1.

⁶ Véase El GAFI e INTERPOL intensifican los esfuerzos de recuperación de activos a escala mundial.

<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/FATF-and-INTERPOL-intensify-global-asset-recovery>

⁷ CEPAL (2021). Clave, combatir flujos ilícitos, impago de impuestos y aliviar la deuda.

<https://mexico.un.org/es/155349-clave-combatir-flujos-ilicitos-impago-de-impuestos-y-aliviar-la-deuda-cepal>

⁸ Véase El GAFI e INTERPOL intensifican los esfuerzos de recuperación de activos a escala mundial.

<https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2022/FATF-and-INTERPOL-intensify-global-asset-recovery>

⁹ Véase FATF and INTERPOL intensify global asset recovery.

<https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/FATF-INTERPOL-intensify-global-asset-recovery.html>

¹⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCNJ) de México considero? que la Ley Federal de Extinción de dominio vulnera el artículo 22 de la Constitución mexicana, que establece que la extinción de dominio procede únicamente sobre bienes cuya legítima procedencia no pueda acreditarse, a saber, bienes de origen delictivo, lo que excluye los bienes criminales por destinación o instrumentos del delito.

La determinación de los estándares aplicables está íntimamente vinculada a la pregunta clave de por qué se debe adoptar una política pública para afectar la propiedad lícita (los instrumentos) sin condena, y qué tipo de reglas se deben aplicar a su procedimiento. Las respuestas difieren notablemente según el propósito del mecanismo de recuperación de activos: reprimir, prevenir o desincentivar la comisión de delitos. Más importante aún, la determinación de los estándares aplicables desencadena una serie de preguntas complejas que se refieren a la naturaleza jurídica y a la justificación de política criminal ("*rationale*") del decomiso sin condena de los instrumentos del delito.

La amenaza que representa el crimen organizado en sus diversas manifestaciones es, sin duda, el motivo de política pública por excelencia para responder a los cuestionamientos anteriores, y es reiteradamente utilizada como argumento para la adopción de este tipo de leyes en todo el mundo. Pero esta justificación es aún bastante genérica.

En mi opinión, la extinción de los instrumentos del delito está plenamente justificada desde el punto de vista criminológico, pero encierra en sí un conflicto de orden jurídico y social. Por un lado, la oposición de las reglas constitucionales y convencionales que protegen a la propiedad como derecho fundamental frente a una norma de rango inferior como la extinción de dominio. Y, por otro, la colisión evidente de dos intereses en juego, uno colectivo y otro individual: el interés de la sociedad en protegerse contra la criminalidad organizada y el interés individual a la protección de la propiedad privada (que es, a la vez, un interés colectivo, puesto que la propiedad es la piedra angular de la economía liberal moderna). Estas cuestiones complejas solo pueden ser resueltas por un juez en el contexto de un caso concreto, quien, en el caso de la extinción de dominio, goza de un poder amplio de cognición, en un proceso contradictorio que le exige respetar el derecho superior.

¿Qué visión se tiene sobre la extinción del dominio de instrumentos en el ámbito internacional?

La cuestión del decomiso sin condena de instrumentos criminales es controvertida en el ámbito internacional, en razón de su incierto ámbito de aplicación y los diferentes escenarios en los que se aplica. Existen países del "*Common Law*", como el Reino Unido, que no decomisan instrumentos de delitos en procesos que no implican condena, mientras otros del mismo sistema jurídico, como los Estados Unidos o Irlanda, tienen una amplia práctica judicial en este sentido. Un gran número de estados decomisan frecuentemente instrumentos del delito en el ámbito administrativo (basados en su peligrosidad) o lo realizan en el proceso penal, como una sanción o pena adicional a la pena privativa de libertad, la multa u otra pena pecuniaria. Varios estados europeos han empezado, sin embargo, a adoptar reglas que permiten el decomiso sin condena de las llamadas "herramientas del crimen" a través de diferentes leyes que no implican la imposición de una condena ni la determinación de la culpabilidad del autor del delito.

Doctrina y jurisprudencia comparada evocan cuatro motivos de política pública (o "*rationales*") para decomisar instrumentos del delito: i) sancionar, ii) prevenir y desincentivar la comisión de delitos, iii) estimular a los propietarios a ser más diligentes con el uso de su propiedad y iv) remover los instrumentos del circuito criminal. Los dos primeros motivos conciernen solo al propietario autor del delito, mientras que el tercero se dirige contra propietarios no responsables del delito (por tanto, no aplican contra él los motivos de sanción o de prevención). El cuarto motivo no contiene ninguna limitación evidente, y se aplica en un número indeterminado de situaciones vinculadas a la criminalidad organizada. Este último motivo de política criminal termina justificando -en la práctica- la mayoría de los escenarios del decomiso sin condena de la propiedad legalmente obtenida.

En mi opinión, sin embargo, esta justificación genérica encuentra sus límites cuando se contrasta con la granularidad del concepto de instrumento del crimen y la diversidad de los escenarios en los que se aplica.

El decomiso de instrumentos es universalmente aceptado cuando los instrumentos son ilegales "per se" y su mera posesión es ilegal (por ejemplo, el arma utilizada para cometer un robo). Empero, cuando se trata de instrumentos lícitos, las opiniones divergen y los estándares difieren¹¹. Este hecho por sí mismo le exige al legislador una reflexión profunda para determinar el ámbito de aplicación de estas leyes e instaurar las respectivas defensas, exigidas, a su vez, por las doctrinas de derechos humanos.

La práctica judicial estadounidense es probablemente el caso más emblemático del alcance de esta tipología de decomiso sin condena. Tanto en el proceso penal como en el decomiso civil, el decomiso de instrumentos inflige un castigo¹² al delincuente¹³. La Corte Suprema de los Estados Unidos estima que el decomiso civil grava una forma de sanción pecuniaria que se explica por las características particulares del sistema jurídico estadounidense.

Precisamente, el decomiso de instrumentos en los Estados Unidos se rige por la teoría de la facilitación ("*facilitation theory*") que permite el decomiso de activos porque estos han facilitado o facilitaran "de cualquier modo" la comisión de un delito. Históricamente, las primeras decisiones estadounidenses en materia de decomiso de propiedad instrumentalizada instauraron reglas absolutamente incisivas, justificadas por la ficción jurídica de que la propiedad misma puede ser declarada culpable y, en ese contexto, sufrir los embates de la justicia a título propio. Los primeros casos reportan situaciones en las que el propietario inocente soportaba impávido el decomiso de su bien, ya que su inocencia era

irrelevante una vez que la "culpabilidad" de la propiedad era establecida¹⁴. No obstante, estas reglas invasivas se han mitigado con el tiempo mediante la introducción de mecanismos que protegen a los propietarios inocentes de los bienes instrumentalizados y la aplicación de exigentes pruebas de proporcionalidad¹⁵.

Sin embargo, la extinción de dominio, a diferencia del decomiso civil anglosajón, opera en sistemas jurídicos de derecho civil (romano-germánico) sujetos a normas vinculantes que dependen, en gran medida, de la dicotomía civil-penal (o restaurativo-punitiva) que imponen las doctrinas de derechos humanos y la mayoría de las constituciones de los estados latinoamericanos. La incorporación de la teoría de la facilitación en el derecho nacional tendría que tomar en cuenta, con un criterio de sistematicidad, qué está permitido y qué no en el marco material y procedimental de la extinción de dominio, en relación con las reglas nacionales y supra-nacionales vinculantes.

¿Existen estándares internacionales específicos para extinguir el dominio de instrumentos?

Las convenciones de las Naciones Unidas (Viena, Palermo y Mérida, en ese orden) introducen regímenes de decomiso de instrumentos vinculados al delito, que regulan ilícitos (tráfico de drogas, crimen organizado y corrupción, respectivamente) y sus diferentes formas de lavado de activos. Se trata, principalmente, de instrumentos penales que no instauran mecanismos de decomiso sin condena¹⁶.

¹¹ El legislador europeo hace las siguientes precisiones sobre este particular con relación a la referencia a los instrumentos del delito en el párrafo 1 del artículo 3 (medidas de decomiso) del Convenio Europeo CET 198 sobre identificación, incautación y decomiso de los productos del crimen y del financiamiento del terrorismo (Convenio de Varsovia): "[L]os autores del Convenio dejan claro que un Estado Parte puede limitar el decomiso de instrumentos del delito a aquellos que están específicamente adaptados para cometer delitos o excluir decomisos de objetos cuyo valor en cuestión no sea proporcional a la gravedad del delito". Véase, el Informe del Consejo de Europa Explanatory Report to the Council of Europe on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, nota. 65.

¹² Véase *Kaley Vs. United States*, U.S., 134 S. Ct. 1090 (2014): "[E]l decomiso sirve para castigar al infractor, disuadir de futuras ilegalidades, disminuir el poder económico de las empresas criminales, compensar a las víctimas, mejorar las condiciones en las comunidades dañadas por la delincuencia y apoyar las actividades de aplicación de la ley, como la formación de la policía".

¹³ Véase *Calero-Toledo Vs. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663, 686 (1974).

¹⁴ Con la reforma del decomiso civil en el 2000, se formalizó la defensa del "propietario inocente" introducida por la reforma CAFRA (innocent owner defense).

¹⁵ Véase *Austin*, 509 U.S. en 621-22; *United States Vs. Corrado*, 227 F.3d 543, 552 (6th Cir. 2000). Ahí se afirma que los tribunales pueden reducir el decomiso de ganancias ilegales para que sea proporcional a la gravedad del delito, a fin de no violar la prohibición de la Octava Enmienda contra las multas excesivas.

¹⁶ La única mención al decomiso sin condena la realiza la Convención de Mérida Contra la Corrupción solamente en relación a la cooperación internacional (Art. 54(1)©).

Sin embargo, convenciones regionales como la del Consejo de Europa, y las organizaciones especializadas que fijan los estándares internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) -y su representante regional el GAFILAT- promueven la introducción de mecanismos de decomiso sin condena de manera vinculante. Por otro lado, existe actualmente un número importante de organizaciones internacionales (UNODC, OCDE, OEA, etc.) que promueven buenas prácticas en la materia, por lo que se puede afirmar que el decomiso sin condena de los instrumentos del delito es un estándar internacional. Esto se confirma además por la práctica extendida y regular de este tipo de decomiso en el derecho comparado.

Un segundo análisis más complejo consiste en definir los estándares que restringen la aplicación de la regla general según la cual los instrumentos del crimen se deben extinguir. Las reglas no están sistemáticamente codificadas y su interpretación resulta muchas veces abstracta y difícil de entender o justificar. Empero, existe una multitud de principios que buscan (re)definir mejor la relación de este tipo de mecanismos con los derechos fundamentales.

En esta línea de pensamiento, los tribunales internacionales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, en particular) han desarrollado durante los últimos 30 años jurisprudencia específica, que, entre otras cosas, ha definido límites conceptuales al decomiso sin condena en general, y al decomiso de la propiedad lícita en particular. A la fecha, América Latina ha permanecido ajena a este desarrollo global integrador. Por el contrario, la extinción de dominio, como expresión mejor consolidada del decomiso sin condena en la región, se ha esforzado por permanecer en una autarquía conceptual que, en los casos extremos, propugna la creación de un nuevo derecho. En el ámbito internacional, sin embargo, la tendencia es de armonización y de determinación de estándares en la materia.

La reciente modificación de la Recomendación 4

del GAFI (2023) es un ejemplo claro de lo anterior. Esta introduce claramente la obligación de decomisar los instrumentos del crimen sin que medie la condena del criminal, pero exige que esto se realice en armonía con la protección de los derechos humanos. En particular, de los intereses jurídicamente protegidos de aquellos que, siendo ajenos al crimen, sufren los embates de la justicia y ven afectada su propiedad legalmente adquirida. La referencia del GAFI a los derechos humanos no pretende limitar a la justicia, sino darle legitimidad y proteger a los inocentes de una acción desproporcionada y arbitraria de parte del Estado.

Si bien el derecho internacional deja a la libre determinación de los estados el escoger el modelo de decomisos sin condena, el límite superior lo constituyen los derechos fundamentales¹⁷. La discusión en las cortes internacionales se ha centrado sobre dos derechos en particular: el derecho al juicio justo y la protección de la propiedad, ambos protegidos internacionalmente. La cuestión se puede resumir así:

- La aplicación de los estándares pretende darle legitimidad y sostenibilidad al decomiso sin condena, además de buscar un mejor equilibrio entre los diferentes intereses en juego.
- Los tribunales exigen que la afectación al derecho de propiedad cumpla con los criterios básicos de legalidad (que estén previstos en una base legal formal), que se realice según un interés público preponderante y que se efectúe de manera proporcional. Los derechos humanos modulan la aplicación de la proporcionalidad según las condiciones específicas de criminalidad de cada Estado. En ese sentido, el desarrollo galopante de la criminalidad organizada, por ejemplo, justifica generalmente la introducción de leyes de decomiso sin condena más incisivas (caso Italia).
- En materia de juicio justo (art. 6 CEDH y art. 8 CIDH), los estados no son libres para descriminalizar sus propias leyes a su beneplácito, según las doctrinas de derechos humanos. Es decir, una ley no puede decidir

¹⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado y aplica desde 2006 la "doctrina del control de convencionalidad", que pretende reforzar la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre el derecho interno -constituciones incluidas- de los Estados Partes.

por sí misma si es punitiva o no. Esta apreciación se hace de manera "autónoma" por los tribunales de derechos humanos en relación al impacto concreto que esta ley pueda tener en el derecho fundamental concernido. Por este motivo, en no pocas ocasiones, leyes civiles o administrativas de decomiso sin condena han sido catalogadas como no conformes a los derechos humanos, porque encerraban cláusulas punitivas (doctrina de la anti subversión o Engels¹⁸).

En fin, una mirada más detenida aún, revela que existe una compleja granularidad del concepto de instrumento del crimen que no solo permite, sino que exige, la aplicación de estándares disímiles. Esto significa que el juzgador aplicará los estándares y fijará las defensas efectivas según el tipo de instrumento a extinguir, en el contexto de un caso concreto, aplicando un amplio poder de discreción.

¿Cuál es el estado de la cuestión en el Perú?

No se tiene data estadística sobre la aplicación del decomiso penal de instrumentos (art. 102 CP), pero es de suponer que los números no son significativos.

La extinción de dominio ha cambiado totalmente este panorama. De hecho, los datos estadísticos del subsistema especializado revelan que hasta un 80% de los bienes extinguidos en el Perú son instrumentos (la situación no es muy diferente en otros países). Por consiguiente, se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que el Perú implementa eficientemente el estándar internacional que busca luchar contra el crimen a través del decomiso de los bienes de origen y destinación criminal.

El estudio de las resoluciones del subsistema especializado denota una evolución constante del estándar aplicable a los diferentes casos de instrumentos del delito. También se aprecia una

divergencia de opiniones según la región geográfica a la que pertenece la resolución, lo que, a su vez, expresa una modulación de las reglas según el tipo de criminalidad organizada que enfrenta cada región.

Vale la pena, quizás, mencionar como ejemplo de lo anterior -entre los diferentes tipos de instrumentos que recupera el subsistema especializado en extinción de dominio- el caso de la extinción de la propiedad lícita de terceros no implicados en el delito.

¿Qué estándares se deben aplicar a la extinción de la propiedad lícita instrumentalizada en estos casos? De la misma manera que la jurisprudencia desarrolló en los Estados Unidos la defensa del propietario inocente ("*Innocent defense owner*") o la aplicación limitada que se hace de esta herramienta en Europa, la doctrina y la jurisprudencia en el Perú han comenzado a reflexionar sobre los límites de estos mecanismos y han expuesto diferentes respuestas.

Siguiendo la doctrina colombiana, la extinción de dominio en el Perú aplica el concepto de "buena fe calificada". Es decir, una regla que le exige al tercero que pretende beneficiarse de la buena fe un comportamiento activo y diligente en el ámbito de las transacciones comerciales. Las obligaciones pueden ir desde la obligación de asegurarse de la irreprochabilidad del vendedor de un bien por "medios suplementarios" o de implementar mecanismos de vigilancia para evitar que su propiedad alquilada sea abusada para cometer delitos. La dificultad de esta forma de ver, en el Perú como en otros países, es la determinación del grado de diligencia que el tercero debe tener para no perder su propiedad. La casuística internacional está llena de casos arbitrarios resultantes de la aplicación de estos principios, lo que ha provocado críticas al modelo y, subsiguientemente, motivó la adopción de mejores reglas para proteger a los terceros de buena fe. El caso de los Estados Unidos es un claro ejemplo de la evolución constante de este tipo de casos.

¹⁸ TEDH (1976). Engels y otros Vs. Países Bajos, 8 de junio de 1976. párrafo 81: "Si los Estados contratantes pudieran calificar discrecionalmente una infracción como disciplinaria en lugar de penal, o perseguir al autor de una infracción 'mixta' en el plano disciplinario en lugar de en el penal, la aplicación de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 (art. 6, art. 7 CEDH) quedaría subordinada a su voluntad soberana. Una latitud tan amplia podría conducir a resultados incompatibles con la finalidad y el objeto del Convenio".

Sobre el grado de diligencia como fundamento para extinguir instrumentos, como se ha dicho, existe en el Perú una franca e inexorable evolución. Los jueces del sur del Perú declararon recientemente fundada la extinción de dominio de un taxi porque fue instrumentalizado para distribuir cannabis. Hasta aquí, todo parecía regular. Sin embargo, lo particular de este caso fue que la propietaria del vehículo, la madre del conductor, era totalmente ajena al delito. Se trataba de un tercero que vio su propiedad afectada por no haber evitado que su bien sea instrumentalizado para cometer el delito de tráfico de drogas. De hecho, el delito fue perpetrado por un pasajero, no por el hijo conductor del taxi. Los jueces le reprocharon a la madre su falta de diligencia como fundamento para extinguir el instrumento del delito (el vehículo), sin explicar claramente lo que hubiera tenido que hacer para evitar que el delito se consuma.

En este tipo de resoluciones, resulta difícil apreciar que exija una diligencia el motivo de política criminal que justifica la extinción de la propiedad, sobre todo porque no parece existir una relación evidente con la grave criminalidad organizada (que justifique la introducción de reglas más estrictas) que exijan una diligencia extendida o especial para el uso de vehículos en la actividad regular de taxi. Por otro lado, los jueces construyeron la falta de diligencia necesaria de la

madre en relación a faltas administrativas alejadas del evento criminal, como ausencia de SOAT o de autorización regular para ejercer la actividad de taxi, etc.

En la otra orilla, los jueces del norte del Perú parecen definir la falta de diligencia del tercero de buena fe en relación a obligaciones que resultan de diferentes reglas del arte y de regulaciones (incluso internas) que reglamentan la actividad comercial en el contexto de la cual se desarrolló el delito. En un caso de extinción de dominio dirigido contra un bus de transporte público, el juez declaró infundada la demanda de extinción de dominio y dejó sin efecto las medidas cautelares que gravaban el bus, porque no se estableció claramente en qué consistía la falta de diligencia de la empresa de transporte, propietaria del bus, que condujo a la comisión del delito de contrabando de cigarrillos -que, por otra parte, fue perpetrado por el copiloto sin el conocimiento de los propietarios de la empresa-. El razonamiento de los jueces parece orientarse por los principios de la autorregulación y de la identificación de los riesgos específicos de cada actividad comercial concreta, como criterio de base para responder a la difícil pregunta de qué se tiene que hacer como tercero no implicado en un delito para cumplir con los estrictos requisitos de la "buena fe calificada" y proteger más eficazmente la propiedad lícitamente adquirida.

¹⁸ TEDH (1976). *Engels y otros Vs. Países Bajos*, 8 de junio de 1976. párrafo 81: "Si los Estados contratantes pudieran calificar discrecionalmente una infracción como disciplinaria en lugar de penal, o perseguir al autor de una infracción 'mixta' en el plano disciplinario en lugar de en el penal, la aplicación de las cláusulas fundamentales de los artículos 6 y 7 (art. 6, art. 7 CEDH) quedaría subordinada a su voluntad soberana. Una latitud tan amplia podría conducir a resultados incompatibles con la finalidad y el objeto del Convenio".



Proporcionalidad y extinción del dominio de instrumentos lícitos

Erick Guimaray Mori

Sumario

Introducción.

1. Proporcionalidad como principio y como criterio.
2. Concepto de decomiso.
3. Convergencia entre el decomiso penal y la extinción de dominio.
 - 3.1. Concepto de instrumento penal.
 - 3.2. Fundamento del decomiso penal de instrumentos.
 - 3.3. Concepto de instrumento en extinción de dominio.
 - 3.4. Fundamento de la extinción de dominio de instrumento.
4. Proporcionalidad y extinción de dominio de instrumentos.
 - 4.1. Valoración conductual y proporcionalidad.
 - 4.2. Requisitos de aplicación y proporcionalidad.

Conclusiones

Bibliografía

Resoluciones judiciales



Introducción

Existen más similitudes que diferencias entre el decomiso penal y el decomiso civil -autónomo del proceso penal- de bienes o activos ilícitos. Por ejemplo, comparten la finalidad político-criminal de atajar el ilícito enriquecimiento de la alta criminalidad de beneficios ("el crimen no paga"). Pero, además, prácticamente comparten los mismos fundamentos. Por ejemplo, el mal ejercicio de la propiedad, el régimen de propiedad no reconocido por el ordenamiento jurídico, la peligrosidad objetiva del bien instrumentalizado, etc. Por lo visto, entonces, probablemente las diferencias entre el decomiso penal y el civil sean preponderantemente de índole procesal¹, cuestión que para nada es baladí, pues esta diferencia significa importantes consecuencias para el debido proceso y el respeto de los derechos humanos de los procesados, como, por ejemplo, el estándar de prueba pertinente en uno y otro proceso.

En el Perú, como en varias otras jurisdicciones de Latinoamérica, la extinción de dominio es una de las herramientas de decomiso civil más expandidas y con resultados bastante halagüeños. Sin embargo, en virtud de su novedad y de la complejidad de su composición, la extinción de dominio como herramienta civil de recuperación de activos se halla en un proceso de consolidación que abre las puertas a más de una discusión en torno a su legitimidad y operatividad.

Uno de estos espacios de reflexión es la afectación del bien o activo que funge como instrumento de un delito o de una actividad ilícita. En torno a este tópico, no cabe duda de que el decomiso de los bienes instrumentalizados se muestra como una tarea menos complicada que la persecución de bienes o activos que son productos del delito y que han sido deslocalizados, mezclados o convertidos en activos lícitos. De igual manera, el fundamento político-criminal de afectación de bienes instrumentalizados centrado en el mal ejercicio de la propiedad difícilmente admitirá alguna objeción, por lo menos si se parte de la llamada función social de la propiedad, reconocida, por lo demás, en la Constitución Política del Perú.

Sin embargo, las justificaciones y los buenos resultados de una herramienta jurídica no explican por sí solos su legitimidad. Así, de manera aproximativa al problema, este texto intenta explicar la legitimidad de la extinción de dominio de instrumentos de origen lícito a partir de la proporcionalidad como principio y como criterio. El resultado de este análisis es el planteamiento de algunos requisitos de afectación, que parten de un basamento conductual en el presupuesto de instrumentalización y terminan en valoraciones específicas de necesidad e idoneidad que aconsejan la excepcional aplicación de la extinción de dominio de instrumentos.

¹ Vogel, J. (2015). The legal construction that Property Can Do Harm. Reflections on the Rationality and Legitimacy of "Civil" Forfeiture. En Sieber, U & Rui, J. (editores), Non-Conviction-Based Confiscation in Europe. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction. Duncker & Humblot, 226.

1. Proporcionalidad como principio y como criterio

La proporcionalidad tiene dos acepciones en la discusión sobre la legitimidad de las herramientas jurídicas que afectan derechos fundamentales. En primer lugar, como principio -aplicable a cualquier forma de restricción de derechos o atributos subjetivos de la persona²-, el juicio de proporcionalidad consiste en valorar la restricción de un derecho, a partir de los intereses u objetivos para los que la norma -que impone la restricción- está hecha³. De modo que, más allá de la simple subsunción de un supuesto de hecho en el presupuesto de la ley, la proporcionalidad como principio evalúa si la afectación de un derecho fundamental prevista en una ley realmente se orienta a la satisfacción o realización de sus intereses jurídicos en la más alta medida.

En segundo lugar, la proporcionalidad como medida o criterio de mensuración implica analizar los alcances o el "quantum" de la restricción del

derecho en el caso concreto⁴. En esta segunda acepción de la proporcionalidad son importantes los subprincipios de idoneidad (adecuación de medios y fines), necesidad (recurso menos gravoso para alcanzar los objetivos) y proporcionalidad en sentido estricto (justificación de la afectación en términos cualitativos y cuantitativos)⁵, que garantizan que la restricción de un derecho asegure realmente la satisfacción de otro, de forma justificada y en justa medida.

Por lo dicho, y en lo que aquí importa, la proporcionalidad servirá para analizar los presupuestos del decomiso y su aplicación en el caso concreto, sea que se trate del decomiso penal o del civil. Y en este encuadramiento, por su propia metodología, la proporcionalidad implica tener presentes los fundamentos y los intereses de la herramienta que será evaluada, con lo cual, habrá que repasar previamente esas cuestiones.

2. Concepto de decomiso

El decomiso, al margen del específico modelo de que se trate, supone la privación del derecho de propiedad sobre ciertos bienes, en virtud de la decisión de un órgano jurisdiccional⁶. Así lo dispone, por ejemplo, el art. 2 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de las Naciones Unidas, y el art. 102 del Código Penal (CP). Entonces, como respuesta estatal que afecta un derecho fundamental como la propiedad, el decomiso debería tratarse de una herramienta legítima a nivel normativo, procedimental y aplicativo.

En este sentido, si nos ceñimos a la proporcionalidad como principio, la legitimidad del

decomiso penal o civil dependerá de la coherencia entre la afectación de la propiedad y los fines (político-criminales) del decomiso.

Luego, descartada la aplicación mecánica de las causales, restará evaluar la justa medida de la afectación de la propiedad (proporcionalidad como criterio) en el caso concreto. Cabe señalar que, este asunto de suma importancia tiene una referencia explícita en el decomiso penal peruano (art. 103 del CP), pero no en la ley de extinción de dominio, cuestión que de ninguna manera debería conducir a la exclusión de la proporcionalidad en el modelo de decomiso civil.

² Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, N° 010-2002-AI, fund. 195.

³ Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, 11, 5. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 0012-2006-PI/TC, p. 61. Alexy, p. 9 (Nota 4).

⁵ Véase, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 84.

⁶ Blanco Cordero, I. (2021). La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de decomiso. En Pérez, A., De la Cuesta Arzamendi, J. (directores); Berasaluze, L. & Colomo, H. (editores), *Contra la Política Criminal de Tolerancia Cero*. Aranzadi, 746.

3. Convergencia entre el decomiso penal y la extinción de dominio

3.1. Concepto de instrumento penal

La definición de bien instrumentalizado o instrumento puede hallarse en los documentos internacionales más importantes en materia penal⁷. Por ejemplo, la Convención de Palermo⁸ dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias para decomisar los bienes utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos previstos en la Convención (art. 12.1.b). La misma redacción puede hallarse en la Convención de Mérida⁹ (art. 31.1.b) y en la Convención de Viena¹⁰ (art. 5.1.b). Por su parte, el Código Penal peruano habla de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado el delito (art. 102).

El instrumento decomisible se trata, entonces, del bien o del activo que ha sido dispuesto o usado para la comisión de un delito. Y a pesar de que esta acepción parece del todo inteligible, requiere específicas aclaraciones.

En primer lugar, queda claro que un instrumento le es servil a un objetivo principal, pero esta fórmula

no se aplica sin más en el decomiso. Para hablar de instrumento no basta constatar únicamente que el bien le ha servido fácticamente al criminal para cometer el delito, sino que debe tratarse de un bien o activo funcional al delito en el marco de su específica tipicidad. Por ejemplo, será un bien instrumentalizado la farmacia utilizada de fachada para vender drogas ("facilitating property")¹¹, y no la casa donde el violador agrede a su víctima.

En segundo lugar, de acuerdo con las normas citadas, es posible decomisar un bien del que razonablemente pueda decirse que iba a ser instrumentalizado para la comisión de un delito. Este supuesto de hecho plantea una especial tarea a nivel de prueba, pues sin contar con la facticidad de la propia instrumentalización, deberá argumentarse sobre especiales características del bien o sobre un concreto "modus operandi", para justificar el decomiso de algo que hipotéticamente iba a ser instrumentalizado o está dispuesto para ello.

⁷ Por ejemplo, dice la Directiva 2014/42/U del Parlamento Europeo y del Consejo, del 03 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea: "14. Para el decomiso en virtud de resolución firme de un órgano jurisdiccional, de los instrumentos y productos del delito y de bienes de valor equivalente a esos instrumentos y productos, se debe aplicar la concepción amplia de infracciones penales de la presente Directiva [...]".

⁸ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

⁹ Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas (1998).

¹¹ Cassella, S. (2019). Comiso de Activos en los Estados Unidos. *Latin American Legal Studies*. 4, 8.

3.2. Fundamento del decomiso penal de instrumentos

El decomiso penal de instrumentos tiene dos principales fundamentos. Por un lado, el Estado está habilitado para controlar el ejercicio de la propiedad de sus ciudadanos¹², y una forma de hacerlo es la supervisión (y sanción) de que la propiedad no sea usada para cometer delitos; o, dicho de otro modo, asegurarse de que la propiedad se ejerza en armonía con el bienestar común y dentro de los márgenes de la ley (art. 70 Const.). Las personas, entonces, no solamente tienen el derecho al disfrute y protección de su derecho de propiedad, sino que tienen cargas o deberes, cuya desatención tendrá consecuencias jurídico-patrimoniales en clave de sanción, porque el análisis se centrará en la conducta del sujeto.

Una de las formas de trasgredir esos deberes es la destinación de un bien adquirido de manera lícita a la comisión de delitos. Así, en el decomiso penal deberá probarse la responsabilidad penal de esa instrumentalización, porque sobre la base de la culpabilidad, el despojo del bien es absolutamente razonable como parte accesoria del castigo.

El otro argumento que explica el decomiso penal es la peligrosidad objetiva del bien instrumentalizado. Y esto es así porque la reacción penal también busca impedir o prevenir que el bien ilegal pueda ser nuevamente utilizado para la comisión del delito¹³. Es decir, en estos términos, el decomiso tendría, junto a otras funciones, una de incapacitación de la criminalidad. Por ejemplo, se decomisará al auto especialmente acondicionado para el transporte de objetos robados.

Por lo dicho hasta aquí, el decomiso penal descansa en una valoración conductual, y se desprende del castigo al responsable del delito. Cabe añadir que este argumento es especialmente relevante para el caso de los instrumentos lícitos, pues en el caso de los instrumentos ilícitos, la peligrosidad del bien explica casi por sí sola el decomiso.

3.3. Concepto de instrumento en extinción de dominio

El art. 3.8 del Decreto Legislativo 1373 (DL1373) establece que "[...] constituyen instrumento de actividades ilícitas todos aquellos que fueron, son o serán utilizados como medios, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para la comisión de actividades ilícitas". Es decir, como el decomiso penal, la instrumentalización en la extinción de dominio significa el uso efectivo o potencial de un bien¹⁴. Es más, el uso parcial o de cualquier forma del bien, propios de la redacción de la extinción de dominio, son perfectamente aplicables al decomiso penal. Y en el mismo sentido, no se trata aquí de un uso eminentemente fáctico, sino de una valoración de funcionalidad entre el uso del bien y los elementos normativos de la actividad ilícita que se trate.

De otra parte, el art. 7.1.a) del DL1373 prevé la causal de instrumentalización en los siguientes términos: "Son presupuestos del procedimiento de extinción de dominio: 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". Así, este articulado aporta a la definición de instrumentos las restricciones político-criminales sobre su decomiso. Señaladamente, aquellos instrumentos que no puedan mantenerse en el tráfico jurídico (por ilegales o peligrosos "per se") no pueden pasar a la titularidad del Estado. Y, de otra parte, los instrumentos no lo son solamente por su uso, sino en tanto y cuanto representen un activo, pues así sí se justificaría el decomiso civil como herramienta para debilitar el brazo financiero de la criminalidad.

¹² Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 665-2007-AA/TC, pág. 8. En el mismo sentido, Council of Europe (2022). Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, párr. 78.

¹³ Véase, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021), Asunto Phillips v. Reino Unido, párr. 52. También, García Caverro, P. (2018). El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *Revista de Derecho*, 81, 116.

¹⁴ García Caverro, P. (2023). Análisis del proceso de extinción de dominio y de sus propuestas de reforma. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 168, 16.

3.4. Fundamento de la extinción de dominio de instrumento

En términos generales, la extinción de dominio de bienes ilícitos se basa en el origen o en la destinación del bien. Ambos casos significan un régimen de propiedad que el ordenamiento jurídico no reconoce.

Entonces, cuando el bien es ilícito porque fue producido por una actividad ilícita o un delito, realmente no existe un título válido sobre ese bien, de modo que el Estado puede despojarlo de su detentador, avalado además por la consigna político-criminal del "crimen no paga". Pero lo mismo puede decirse de la destinación ilícita de un bien lícito. Es decir, en este caso, el uso del bien no constituye un justo título, y esto habilita su decomiso civil¹⁵.

Bien vistos, los fundamentos son los mismos entre el decomiso penal y el decomiso civil autónomo (más amplio que el decomiso civil vinculado al proceso penal¹⁶), como también los objetivos perseguidos. Sin embargo, estas convergencias no

niegan que se trata de mecanismos o modelos distintos, cuanto menos sobre el estándar probatorio y el objeto mismo de cada proceso. Es decir, lo que cada herramienta pueda o no pueda hacer no depende únicamente de los objetivos que persigue, sino de la estructura normativa y procedimental que la soporta.

Por lo tanto, las convergencias político-criminales y de fundamentos últimos entre el decomiso penal y la extinción de dominio deberían alertar sobre la legitimidad del modo en el que decomisa cada herramienta, pues en principio, sus reglas no permitirían que se afecten los mismos activos o que lo hagan de la misma forma. Y en lo aquí importa, la casual de extinción de dominio por instrumentalización de bien lícito debería evaluarse desde la proporcionalidad, como principio y como criterio, para reivindicar las diferencias materiales entre estos modelos de decomiso.

¹⁵ García Cavero, p. 16. (Nota 15).

¹⁶ Dornbierer, A. (2024). Comparative Study. Good practices in asset recovery legislation in selected OSCE participating States. Basel Institute on Governance, 28.

4. Proporcionalidad y extinción de dominio de instrumentos

4.1. Valoración conductual y proporcionalidad

Si el uso indebido de la propiedad es la razón del decomiso civil (junto a la ilicitud de origen), habrá que probar cómo, cuándo y en qué circunstancias determinada persona ha usado mal su bien. De hecho, si es posible decomisar un bien que será instrumentalizado (art. 3.8 DL 1373), habrá que probar la circunstancia del "peligro de utilización ilícita futura"¹⁷. Cabe señalar que esta premisa tiene sentido en los casos de instrumentalización de bien lícito, pues en los demás casos de instrumentalización, o el origen ilícito del bien o su peligrosidad intrínseca explicarán el decomiso.

En efecto, la evaluación conductual no casa con las causales de extinción de dominio de objeto, producto o efecto, pues en estos casos poco o nada importa el uso de la propiedad, como sí la existencia de bienes originados en actividades ilícitas¹⁸. Es decir, en este tipo de causales funciona perfectamente aquello de que la acción "in rem" se caracteriza porque el proceso judicial se dirige contra el bien y no contra la persona¹⁹, pues solamente tendrá que probarse (con un estándar de prueba civil) la existencia de una actividad ilícita que produjo un bien o activo.

Por el contrario, el fundamento conductual de la destinación ilícita, y con ello el de la instrumentalización, se aleja de la naturaleza "in rem", y ser acera al reproche personal propio del decomiso penal.

Este acercamiento suele ser negado, principalmente, en virtud del principio de autonomía. Es

decir, si la extinción de dominio se dirige contra determinados bienes ilícitos, es porque no interesa la persona que los posea ni su conducta, a diferencia del proceso penal que se dirige contra personas y busca determinar si estas tienen responsabilidad por los hechos juzgados²⁰. Por ende, esta ajenidad separa a los decomisos en atención al objeto a juzgar²¹ y mal se haría alegando que en la extinción de dominio se evalúan conductas.

Sin embargo, esta proclama de autonomía quizá sea más razonable para reivindicar la no vinculación a una sentencia penal o el uso de un estándar de prueba diferente, pero la configuración (hasta semántica) de las causales de extinción de dominio por destinación o instrumentalización irremediamente conducen a un análisis de la conducta del sujeto (que también está presente en el caso de la diligencia del tercero de buena fe). Dicho de otro modo, la ilicitud del bien, incluso para este decomiso "in rem", no es intrínseca, sino que proviene de la conducta del que detenta el bien.

Y en esta tesitura, cabría preguntarse hasta qué punto las reglas del proceso de extinción de dominio (no pensadas para las responsabilidades de las personas y con un estándar de prueba bastante menos riguroso que el penal) son adecuadas para juzgar el uso indebido de la propiedad. Se trata, en definitiva, de una interrogante de proporcionalidad como principio.

¹⁷ García Caverro, 16. (Nota 15).

¹⁸ Por ejemplo, para decomisar el dinero sucio depositado en la banca suiza, la prueba deberá concentrarse en el origen de esos fondos, más que en la forma y circunstancias en las que fue depositado. En efecto, la acción "in rem" del decomiso civil lo es por el procedimiento.

¹⁹ Dornbierer, 29. (Nota 17). Rosas Castañeda, J. (2021). Decomiso y Extinción de Dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito. Gaceta Jurídica, 225.

²⁰ Sentencia del Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio. Expediente N° 0017-2022-0-1001-JR-ED-01. Resolución 18, fund. X, párr. 2.

²¹ Sentencia de la Sala Especializada en Extinción de Dominio. Expediente N° 0059-2022-0-0401-SP-ED-01. Resolución N°. 16-2022, fund. séptimo.

Entonces, ante este problema, seguro entre otras, puede haber dos soluciones: i) o se descarta de plano la extinción de dominio de bienes lícitos instrumentalizados (como lo dispuso la alta judicatura mexicana²²); ii) o las reglas del proceso de extinción de dominio, en lo que respecta a la causal de instrumentos, tendrían que adecuarse para dar cabida al debido proceso del titular que se enfrentará a la evaluación de su conducta.

Ambas soluciones no dejan de ser controvertidas porque significan sustanciales cambios al "statu quo", y sus desarrollos sobrepasan la pretensión de este trabajo. Sin embargo, la segunda opción implica el uso de la proporcionalidad como criterio, y esta es relevante inclusive manteniendo el estado de las cosas. Por ende, a continuación, se comenta sobre algunos requisitos para extinguir el dominio de instrumentos lícitos, y que pretenden reivindicar operativamente la excepcionalidad del argumento conductual en una herramienta "in rem".

4.2. Requisitos de aplicación y proporcionalidad

Por definición, un decomiso civil no tiene carácter punitivo²³ (por muy graves que sean las consecuencias patrimoniales para el titular) y, por ende, no podrían activarse los principios de inocencia o de culpabilidad (por decir algunos) en el proceso de extinción de dominio. Es decir, no se trata de confundir el decomiso penal con la extinción de dominio, porque se acabaría la discusión, como la propia herramienta de decomiso civil. Pero, sobre la causal de extinción de dominio sobre instrumentos lícitos, sí podría trabajarse con criterios razonables de proporcionalidad, aceptando la controversial forma de afectación objetiva de un bien (ilicitud) basada en cuestiones subjetivas (conducta del sujeto).

En primer lugar, partiendo de que todas las causales de extinción de dominio no tienen el mismo fundamento, y en contra de lo que dice cierto sector de la judicatura²⁴, para extinguir instrumentos lícitos deberá probarse el uso indebido de la propiedad, y no trasladar la prueba al sujeto respecto del uso debido de su propiedad. Por otro lado, aunque ni el espacio ni la temática permiten abordar la compleja temática de la prueba en el proceso de extinción de dominio, podría decirse que no habría problema en mantener el estándar civil de preponderancia de pruebas; es decir, la regla que exige al demandante persuadir al juzgador con suficientes pruebas sobre que la existencia de un hecho controvertido (el uso ilícito de un bien lícito) es más probable que su inexistencia²⁵. Y esto es así porque ni la certeza es la regla absoluta en el Derecho (por ejemplo, el estándar de prueba para el delito fuente en lavado de activos o para el delito de enriquecimiento no es más allá de toda duda razonable), ni el estándar de prueba debería ser el problema, si con la misma arma procesal se le otorga al demandado la oportunidad de controvertir la pretensión contraria.

Con todo, este asunto está lejos de producir consenso o univocidad, pues, por ejemplo, para un sector de la doctrina, el decomiso de instrumentos siempre tiene un estándar de prueba penal²⁶. Pero, a su vez, no podría sostenerse en un modelo de decomiso civil como el peruano que, formalmente, también alcanzaría a ilícitos administrativos y, por ende, "instrumentalizaciones administrativas" donde no cabría un estándar penal.

En segundo lugar, sobre qué probar, un sector de la judicatura especializada menciona que "[...] El fundamento de la extinción de dominio de un bien patrimonial descansa en la distorsión de los derechos ejercidos por el requerido y no en la peligrosidad de nuevo uso que representa o no el bien [...]"²⁷. Entonces, sobre la base conductual, no se trataría de probar que el bien es peligroso (si lo fuera, la razón del decomiso no sería la instrumen-

²² Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acción de Inconstitucionalidad N°100-2019, 73.

²³ Blanco Cordero, 754. (Nota 7).

²⁴ Procuraduría General del Estado, (2021). Compendio de Jurisprudencia de Extinción de Dominio. Basel Institute on Governance sucursal Perú, 43.

²⁵ Sanders, J. (1968). The Anatomy of Proof Civil Actions. Louisiana Law Review, 28(3), 304. Este sistema de prueba es conocido como la preponderancia de evidencia, véase Orloff, N. & Stedinger, J. (1983). A framework for evaluating the preponderance of the evidence standar. University of Pennsylvania Law Review, 131, 1159.

²⁶ Vogel, p. 242. (Nota 2).

talización) y que puede ser usado nuevamente, sino de probar que en el caso concreto alguien lo ha usado para un fin ilícito, contraviniendo el régimen de propiedad que le ampara.

Así, el fiscal deberá concentrar su trabajo de la etapa de investigación patrimonial en construir la funcionalidad del bien respecto del delito o de la actividad ilícita, como, por ejemplo, restos de drogas en el inmueble que habría servido como almacén²⁸; y descartar esporádicas instrumentalizaciones del bien, que no denoten funcionalidad²⁹. En este aspecto, debe destacarse que la gravedad de la instrumentalización (en clave de aporte delictivo, por ejemplo) también es un criterio para tomar en cuenta, pues el "quantum" de afectación será distinto sobre la casa de una sola planta y amoblada para la explotación sexual -en el delito de trata-, que sobre la casa cuya terraza es la única parte usada para la venta de droga. Por lo demás, también será necesario establecer debidamente las circunstancias del uso del bien, como, por ejemplo, el específico uso que se le dio al bien, las fechas de inicio y fin de la propia instrumentalización.

En tercer lugar, el art. 7.1 DL 1373 plantea que solamente es posible afectar bienes que no deban ser destruidos o que tengan valor patrimonial. Sin embargo, el art. 8.2 del Reglamento del DL 1373 menciona que el criterio de interés económico relevante podría no aplicarse cuando se trate de bienes patrimoniales cuyo uso o destinación

tengan un fin ilícito. Así, descartados los bienes patrimoniales ilegales que no pueden pasar a la titularidad del Estado (y que deben ser destruidos), solamente nos quedan los bien lícitos destinados a fines ilícitos.

Y la cuestión relevante aquí es saber por qué le interesaría a una herramienta de decomiso civil, creada para atajar el ilegal enriquecimiento, afectar bienes lícitos instrumentalizados sin interés económico relevante. Una respuesta podría ser que la extinción de dominio también está pensada, como el decomiso penal, para incapacitar a la criminalidad. Es decir, primaría aquí una perspectiva eminentemente preventiva de uso ilegal de la propiedad. Y en este estadio de las cosas, excluyendo el interés económico relevante, lo que queda solamente es el análisis conductual futuro sobre el uso ilícito de un bien patrimonial.

Sin embargo, como se dijo al inicio de este documento, los fines político-criminales no pueden legitimar en sí mismos a la norma, y tampoco esos fines sirven para afectar un derecho fundamental siempre y en todos los casos. De modo que no es proporcional despojar de su propiedad a alguien que ha usado ilícitamente un bien de escaso valor patrimonial, porque la herramienta de extinción de dominio está pensada para otro tipo de activos, y porque la finalidad preventiva de futuras conductas ilícitas (penales) le corresponde al decomiso penal, que se basa, precisamente, en la prevención de delitos.

²⁷ Procuraduría General del Estado, 31. (Nota 25).

²⁸ Procuraduría General del Estado, 43. (Nota 25).

²⁹ Sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (1993). Austin vs. USA, 509 U.S. 602, 610.

Conclusiones

La consolidación de la extinción de dominio como herramienta de recuperación de activos no solamente es una cuestión de cifras, sino de legitimidad de sus causales y de sus fundamentos, porque en ellos estriba su éxito para atacar la riqueza vinculada a la gran criminalidad, sea en el plano nacional como en el internacional.

La afectación de bienes lícitos instrumentalizados es uno de los puntos que merece mayor reflexión por parte de la judicatura especializada, pues en esta causal confluyen, peligrosamente, argumentos de decomiso penal y de decomiso civil. Por ello se hace preciso marcar los límites de lo que realmente puede o no puede hacerse con una herramienta de decomiso "in rem", para reivindicar también el verdadero sentido del principio de autonomía de la extinción de dominio.

Con todo, no se trata de una tarea sencilla, y seguro será la experiencia judicial la que nos brinde luces más claras de lo que en este texto se ha intentado esbozar de modo absolutamente aproximativo.

Bibliografía

Alexy, R. (2009)

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 03-11. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Basel Institute on Governance (2023)

La Proporcionalidad en el decomiso. Análisis de la Extinción de Dominio en el Perú.

Blanco Cordero, I. (2021)

La Doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia de decomiso. En Pérez, A., De la Cuesta Arzamendi, J. (directores). Beraza Luze, L. y Colomo, H. (editores), *Contra la Política Criminal de Tolerancia Cero*. Aranzadi, 745-757.

Cassella, S. (2019)

Comiso de Activos en los Estados Unidos. *Latin American Legal Studies*, 4, 1-20.

Council of Europe (2022)

Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.

Dornbierer, A. (2024)

Comparative Study. Good practices in asset recovery legislation in selected OSCE participating States. Basel Institute on Governance.

García Caveró, P. (2023)

Análisis del proceso de extinción de dominio y de sus propuestas de reforma. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 168, 9-21.

García Caveró, P. (2018)

El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana. *Revista de Derecho*, 81, 113-146.

Orloff, N. & Stedinger, J. (1983)

A framework for evaluating the preponderance of the evidence standar. *University of Pennsylvania Law Review*, 131, 1159-1174.

Procuraduría General del Estado (2021)

Compendio de Jurisprudencia de Extinción de Dominio. Basel Institute on Governance sucursal Perú.

Rosas Castañeda, J. (2021)

Decomiso y Extinción de Dominio. La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito. *Gaceta Jurídica*.

Sanders, J. (1968)

The Anatomy of Proof Civil Actions. *Louisiana Law Review*, 28 (3), 297-311.

Vogel, J. (2015)

The legal construction that Property Can Do Harm. Reflections on the Rationality and Legitimacy of "Civil" Forfeiture. En Sieber, U. & Rui, J. (editores), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe*. Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction. *Duncker & Humblot*, 225-243.

Resoluciones Judiciales

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 665-2007-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 0012-2006-PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 010-2002-AI.

Sentencia del Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio.
Expediente N° 0017-2022-0-1001-JR-ED-01. Resolución 18.

Sentencia de la Sala Especializada en Extinción de Dominio.
Expediente N° 0059-2022-0-0401-SP-ED-01. Resolución N°. 16-2022.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (2021)
Asunto Phillips v. Reino Unido.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Acción de Inconstitucionalidad N°100-2019.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008).
Caso Kimel Vs. Argentina.
Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de la Suprema corte de los Estados Unidos de América (1993).
Austin vs. USA, 509 U.S. 602.



El valor económico de los bienes instrumentalizados

Deily Pereda Rodríguez

Sumario

Introducción.

1. Los bienes y el valor económico.
2. El interés económico relevante en las normas de extinción de dominio.
3. El valor económico de los bienes instrumentalizados

Conclusiones

Bibliografía



Introducción

En los últimos años, convencidos de la utilidad de los mecanismos de recuperación de activos para atajar formas especialmente graves de delincuencia, y en clara consonancia con la tendencia internacional frente a este fenómeno, nuestra legislación ha experimentado importantes cambios como la introducción de la extinción de dominio y la gestación de un subsistema propio orientado a su aplicación.

Más allá de los atractivos resultados que esta herramienta ha permitido desde su entrada en vigencia, su consolidación como figura legítima portadora del mensaje político-criminal precisa de su interpretación siempre de la mano de los principios y valores que ilustran el Estado Constitucional de Derecho, de manera que toda decisión emitida en el marco de este proceso goce de plena validez y reconocimiento por la sociedad.

A este fin, recogiendo la controversia suscitada en cuanto a la interpretación de las normas que refieren al interés económico en los bienes inmersos en el proceso de extinción de dominio, el presente artículo pretende poner al alcance del lector un espacio de reflexión que tiene en el centro de mira el carácter patrimonial de estos y su influjo -o no- en la configuración del proceso de extinción de dominio. Para ello se tiene en cuenta su encuadre en el objetivo político-criminal de combatir las manifestaciones más perniciosas de la criminalidad de beneficios.

1. Los bienes y el valor económico

La aplicación del Decreto Legislativo 1373 (en adelante, DL 1373) conduce, en los casos que corresponda, al traslado al Estado de la titularidad de bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de actividades ilícitas¹. Aunque bien se desprende de esta definición que el traslado versa sobre derechos -titularidad es entendida como la calidad que tiene el titular de un derecho o de otra relación jurídica (Cabanellas, 2006, 462)-, estos, indefectiblemente, precisan de la existencia de bienes sobre los cuales recaer, formándose así la llamada relación real², directa e inmediata, entre el titular del derecho real y el bien objeto de este (Varsi, 2017, 118).

Superando la antigua concepción romana de la "cosa", la doctrina civil ha consensuado que los bienes objeto de los derechos reales son entidades con existencia material o inmaterial, susceptibles de apropiación para contribuir a la satisfacción de las necesidades de la persona a

cuya voluntad se somete (Avendaño, 2007, 25). Tienen, además, valor económico, pues a decir de Arnau Moya (2020, 32), no es posible incorporar al patrimonio aquello que no sea susceptible de valoración económica.

Este contenido económico no ha sido ajeno al proceso de extinción de dominio. Por el contrario, el DL 1373 reconoce a la valuación económica, junto a la identificación y descripción del bien, como requisito de admisibilidad de la demanda³, claramente orientado a acreditar la existencia y demás características esenciales del bien materia del proceso, independientemente de la valoración jurídica que se postule respecto a su vínculo con actividades delictivas. En ese sentido, la valuación económica prevista en el inciso b del artículo 17.1 del DL 1373 cumple la finalidad de identificar al bien materia del proceso a partir de una de sus notas esenciales.

2. El interés económico relevante en las normas de extinción de dominio

Más allá del valor económico inherente a todo bien objeto de un derecho real, tanto el DL 1373 como el Reglamento hacen múltiples referencias al interés económico relevante que, para el Estado, deben tener los bienes susceptibles de extinción de dominio⁴. Precisamente, el ámbito de aplicación de estas normas (artículo I del DL 1373,

y artículo 2 del Reglamento) ha quedado reducido a los llamados "bienes patrimoniales", definidos luego como "todos aquellos que pueden generar utilidad, rentabilidad u otra ventaja que represente un interés económico relevante para el Estado, según los criterios que establezca el reglamento"⁵.

¹ De acuerdo a la definición contenida en el artículo III del Título Preliminar del DL 1373, la extinción de dominio es una "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 requerido o terceros".

² En términos de Arnau Moya (2020, p. 25), la relación jurídica real se forma entre un sujeto activo titular del derecho, y un sujeto pasivo, identificado como un colectivo indeterminado; relación respecto de la cual el bien es objeto.

³ Artículo 17. Requisitos de la demanda de extinción de dominio

17.1. El Fiscal formula por escrito, ante el Juez, la demanda de extinción de dominio, conteniendo lo siguiente:

b) La identificación, descripción y valuación económica de los bienes objeto de la demanda de extinción de dominio.

⁴ Así, los artículos 8, 22 y 27 (inciso 4) del Reglamento.

⁵ Numeral 3.5 del artículo III (definiciones) del DL 1373.

De esta forma, mediante la conceptualización de "bienes patrimoniales", el legislador introduce un requisito de procedencia⁶ de obligatorio cumplimiento⁷ para ejercitar la acción de extinción de dominio, y es que los bienes a extinguir -sin perjuicio de la valoración jurídica que se postule respecto a su vínculo con actividades delictivas- deben poder generar ventajas económicas como a) utilidad, b) rentabilidad u c) otra análoga, siempre que esta se alinee a alguno de los criterios contenidos en el artículo 8, inciso 1, del Reglamento.

Se trata, pues, de criterios que comparten un común denominador: El primero es un criterio cuantitativo, que emplea un concepto tributario⁸ como contraste frente al valor del bien (valor que debe igualar o exceder las 4 UIT); el segundo atiende a la naturaleza del bien, en tanto este se trate de dinero en efectivo⁹ -considerado, en la doctrina, como un "instrumento de cambio, [...] medio para atesorar riqueza" (Varsi, 2017, 50)-; finalmente, el tercero introduce un análisis económico de costo-beneficio para valorar los beneficios obtenidos del uso o enajenación del bien (los recursos que se inviertan para lograr estos beneficios deben ser inferiores al valor del bien o su rentabilidad). En suma, todos ellos buscan asegurar, en los bienes, una mayor capacidad de proporcionar utilidad.

En el tráfico económico -un estado de constante escasez-, es esperable que la decisión de apropiarse de un bien tome como referencia su capacidad para generar -y asegurar- la

satisfacción de necesidades e intereses. Empero, la constante evocación a un interés económico relevante para el Estado en el marco de un proceso que decide sobre el traslado, a su favor, de derechos sobre bienes, invita a reflexionar acerca de qué rol juega esta exigencia adicional -la de ser económicamente ventajoso para el Estado (García Caveró, 2023, 11)- en un proceso concebido con la finalidad político-criminal de asistir en la lucha contra la delincuencia que, a través de los años, continúa "acumulando riqueza y lavando dinero producto de los delitos"¹⁰.

A este fin, en el ámbito internacional, los instrumentos más importantes sobre la materia -entendiendo como tal a la Convención de Palermo¹¹, la Convención de Mérida¹² y a la Convención de Viena¹³- no hacen alusión alguna a la determinación de ventajas económicas relevantes para los Estados, derivadas de la privación de bienes ilícitos. En el mismo sentido sucede, por ejemplo, con la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de UNODOC¹⁴. Ya en el plano nacional, los precedentes normativos -si acaso se puede citar como tal a la ya derogada legislación sobre pérdida de dominio- no prestan claridad sobre el particular. Es el caso que ni el Decreto Legislativo 992 -Decreto Legislativo que regula el proceso de pérdida de dominio-, ni su Reglamento, mucho menos su posterior modificación mediante Ley 29212, contienen referencia alguna a lo económicamente ventajosos que deben resultar para el Estado los bienes de origen o destinación ilícita¹⁵.

⁶ Para Monroy (2007, p. 302), la declaratoria de improcedencia importa la invalidez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, por la existencia de un defecto insubsanable.

⁷ A criterio de la autora, la definición de "bienes patrimoniales" y su exigencia para la aplicación de las normas de extinción de dominio, no entra en conflicto con la excepción prevista en el inciso 2 del artículo 8 del Reglamento, no sólo por razones de jerarquía normativa, sino porque de la ubicación y redacción de esta última se infiere que se trata de una regla dirigida al órgano a cargo de iniciar y dirigir la indagación patrimonial, mas no así de declarar la fundabilidad de la demanda. En el mismo sentido, véase Sentencia de la Sala de Apelaciones Especializada Transitoria de Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, EXP. 00054-2021-0-1601-SP-ED-01, fund. 24.

⁸ Título preliminar del TUO del Código Tributario. Norma XV: Unidad impositiva tributaria. La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un valor de referencia que puede ser utilizado en las normas tributarias para determinar las bases imponibles, deducciones, límites de afectación y demás aspectos de los tributos que considere conveniente el legislador.

También podrá ser utilizada para aplicar sanciones, determinar obligaciones contables, inscribirse en el registro de contribuyentes y otras obligaciones formales.

El valor de la UIT será determinado mediante Decreto Supremo, considerando los supuestos macroeconómicos.

⁹ Castañeda (1958, como se citó en Varsi, 2017, 50) señala que el dinero es un bien consumible y fungible.

¹⁰ Preámbulo del DL 1373.

¹¹ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

¹² Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2004).

¹³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas (1998).

¹⁴ United Nations Office on Drugs and Crime.

¹⁵ En cambio, el artículo 3 del DL 992 alude a la cualidad de los bienes de ser susceptibles de valoración económica.

No obstante, casi de manera intuitiva, la exigencia de generar ventajas de interés económico relevante para el Estado cobra sentido si se piensa en aquello que acontece luego de culminado el proceso de extinción, una fase de ejecución de sentencia, por llamarla de alguna manera. ¿Qué podría hacer el Estado frente a bienes que, una vez incorporados a su patrimonio, no le resultan (del todo) provechosos? Lejos de ensayar una respuesta a esta interrogante, cabe preguntarse si acaso los fundamentos de la extinción de dominio -como es, por ejemplo, el mal ejercicio de la propiedad, o los regímenes no reconocidos de esta-, enmarcados todos en la política criminal estatal, pueden ceder espacio -y, en todo caso, cuánto, en función a sus intereses y fines- a otro tipo de políticas públicas.

Con todo, dar respuesta a la razón detrás de la exigencia de lo económicamente ventajoso para el Estado, como requisito de procedencia para aplicar la extinción de dominio, es una tarea pendiente que quizá convenga abordar desde el derecho procesal. Partiendo de la premisa de que el proceso es en sí mismo un sistema de garantías (Priori, 2019, 47), que la extinción de dominio sea una consecuencia dictada en el marco de un proceso trae implícito el carácter instrumental de este último como medio de protección de derechos materiales. Un proceso revestido de garantías acorde a los intereses en juego será la vía idónea para determinar si corresponde o no dar cabida a la pretensión extintiva.

Pero así como la entidad de las garantías es definida a partir de los derechos en cuestión, en un segundo nivel -un nivel de forma-, la estimación económica de la pretensión a discutir puede definir el tipo de proceso. No queda duda que sostener un proceso importa una inversión significativa para el Estado, ya que precisa de la disponibilidad de recursos humanos, materiales, tecnológicos, entre otros; se trata de un costo que el Estado debe asumir, porque viabiliza la materialización del derecho de acceso a la justicia de todo ciudadano. Por esta razón, resulta razonable, como política estatal, vincular dicha inversión con aquello que es objeto del proceso. No se trata, pues, de un análisis costo-beneficio

para el Estado -el deber de impartir justicia no puede sujetarse a su cuantificación económica-, sino del encause adecuado de las herramientas disponibles para alcanzar el mismo resultado.

Lo dicho toma mayor fuerza si se tiene en cuenta que la extinción de dominio, pese a su posición como modelo dominante en los últimos años, ha robustecido las posibilidades de la privación de bienes ilícitos sin restar contenido a otras formas de recuperación de activos vigentes en el ordenamiento. Se trata, pues, de una manifestación latinoamericana del decomiso sin condena, un medio a través del cual alcanzar la privación permanente un bien, mas no el único medio. En ese sentido, establecer criterios de cuantía para la procedencia del proceso de extinción de dominio parece ser una decisión adecuada.

El problema es, quizá, que, como se ha hecho notar en las líneas precedentes, el lenguaje empleado por el legislador en las normas de extinción de dominio va más allá del valor económico de los bienes. Esto debido a que introduce criterios para determinar cuándo un bien es de interés para el Estado en función a su productividad -su utilidad, rentabilidad u otro análogo-. En este punto, merece especial atención la exposición de motivos del DL 1373. Si bien este documento no hace mención expresa a las ventajas de interés económico relevante para el Estado, sí afirma un mensaje que mal podría vincularse con el mencionado concepto. Así, en el análisis costo-beneficio que supone la introducción del DL 1373 al ordenamiento jurídico, se presenta como un beneficio/ventaja de ello la "recaudación de fondos para financiar exclusivamente a las instituciones que participan de manera directa en la lucha contra las organizaciones criminales [...]". Más adelante, en el mismo texto, se señala que la implementación de esta norma "generará recursos para el Estado provenientes de la ejecución misma de la extinción de dominio [...] lo que podría garantizar su autosostenibilidad en el tiempo". El mismo mensaje, en los mismos términos, es sostenido en la exposición de motivos del Reglamento.

No queda duda de que la inclusión de la extinción de dominio en nuestra normativa y, más aún, la creación y sostenimiento de un subsistema autónomo competente para su aplicación, genera altos costos de inversión que el Estado debe asumir. Así mismo, parece razonable que el patrimonio criminal, una vez trasladado al Estado, y luego de verificada la no pendencia de intereses superiores -como sería, por ejemplo, la reparación integral de las víctimas del delito-, pueda servir de auxilio para solventar los gastos derivados de la lucha contra la criminalidad. No obstante, no debe perderse de vista que el proceso de extinción de dominio, alejado de los argumentos "in personam" propios del proceso penal, tiene una configuración sujeta "a estándares distintos al Derecho penal, principalmente relacionados con la prueba de la ilicitud del bien (balance de probabilidades), en comparación con la prueba de la responsabilidad penal del acusado (más allá de toda duda razonable)" (Centro de Gestión de Conocimiento, 2023, 10). Todas estas bondades, mal encausadas dentro de una lógica recaudadora

y de autosostenibilidad del subsistema, podrían convertir a la extinción de dominio en una fuente financiera del Estado, lo que no sólo pervertiría fácilmente los fines y fundamentos político-criminales de la herramienta sino que, aún más, nos alejaría del objetivo de lograr una sociedad más justa y pacífica. Consecuentemente, cualquier insinuación en ese sentido debe ser descartada de plano.

En este punto, corresponde reafirmar la validez de establecer una relación entre valor económico del bien materia de la pretensión extintiva -valor y no interés del Estado en él- y la justificación económica del proceso. Como corolario, aquellos bienes de menor valor económico podrían ser encausados dentro del decomiso penal que, al ser una consecuencia accesoria dentro de un proceso que existe por y para defender la libertad de las personas, significa, desde la óptica de recuperación de activos, una inversión económica menor que el proceso autónomo de extinción de dominio.

3. El valor económico de los bienes instrumentalizados

Recapitulando lo dicho hasta aquí, todo bien es posible de ser apreciado económicamente, y, en el mismo sentido, todo bien tiene relevancia jurídica por su capacidad de ser útil en la satisfacción de necesidades e intereses.

En el caso de bienes instrumentalizados para la comisión de delitos y actividades ilícitas ("instrumentum sceleris"), en lo que aquí importa, queda claro que también estos ostentan un valor económico. De cara a la extinción de dominio, el fundamento de la privación de estos instrumentos radica en que el empleo de bienes para fines contrarios al ordenamiento importa un mal ejercicio de la propiedad que se ostenta, desconociendo la funcionalidad social que la

legítima y que invita a ejercerla en armonía con el bien común y en consonancia con el ordenamiento (artículo 70 de la Constitución). En suma, se trata de un uso contrario al destino natural del bien en la economía¹⁶, agravado, además, por su puesta a disposición para la grave lesión de bienes jurídicos.

Ahora bien, salta a la vista que la calificación del comportamiento de la persona como contrario al ámbito de protección constitucional de la propiedad lleva implícita una evaluación conductual que, alejándose del carácter "in rem" atribuido a la extinción de dominio, correspondería, en principio, ser realizada desde el proceso penal. En todo caso, insistir en la privación de los

¹⁶ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, EXP. N.º 0008-2003-AI/TC, fund. 26.

instrumentos del delito a través del proceso de extinción de dominio requiere de ciertos límites que, vistos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, conllevan al uso excepcional de esta herramienta en los casos de instrumentalización de bienes lícitos (Centro de Gestión de Conocimiento, 2023, 16). Así, por ejemplo, se propone su aplicación únicamente cuando la ilicitud del destino radica en la comisión de actividades delictivas -y no ante otros actos contrarios al ordenamiento jurídico- siempre que se verifique la funcionalidad normativa del bien a dicho fin; en la misma forma, esta herramienta podría tener lugar en la medida que la especial gravedad del hecho así lo aconseje (Centro de Gestión de Conocimiento, 2023, 16). En consecuencia, el campo de actuación de la extinción de dominio para los supuestos de bienes instrumentalizados quedaría notoriamente reducido a un ámbito justificado en la gravedad de la entidad lesiva del comportamiento ilícito.

Dentro de este nuevo espacio de aplicación, es posible que ya no deba tener cabida el quantum del valor económico de los bienes para determinar la procedencia o no del proceso de extinción de dominio. Piénsese, por ejemplo, en la pocilga utilizada para retener a las menores víctimas de trata de personas, una pocilga cuya estratégica ubicación en una zona rústica, alejada de las autoridades e, incluso, del acceso a los servicios básicos de vivienda -lo que no sólo dificultó la pronta localización de las menores sino, además, hizo más extendida y execrable su permanencia en el recinto-. Tan lejos como se encuentra, geográficamente, el inmueble respecto a las autoridades, se encuentra también su apreciación económica de superar el requisito para la procedencia del proceso de extinción de dominio. Pero, frente a estos casos, parece ser que cualquier criterio económico cede espacio al interés *preventivo* relevante del Estado.

Conclusiones

Si de eficacia se trata, no hay decisión más eficaz que aquella que goza de la credibilidad y reconocimiento del ordenamiento en su conjunto, por guardar sustento y, sobre todo, respaldo en los lineamientos del Estado Constitucional de Derecho.

No queda duda de las bondades que la extinción de dominio ofrece de cara al objetivo de contrarrestar la criminalidad; no obstante, una aproximación teórica a diferentes conceptos en su norma -que influyen en su comprensión como en su operatividad- invita a reflexionar sobre los alcances de esta herramienta.

Así pues, dentro de las tradicionales formas de vincular a los bienes con los delitos y actividades ilícitas, los instrumentos toman protagonismo en este ensayo para mostrar cómo sus diferencias esenciales, frente a los demás presupuestos, tienen entidad suficiente para ameritar una regulación diferenciada, cuando menos en determinados aspectos. Esto podría hacer más racional la extinción del dominio de bienes instrumentalizados.

En esta línea, lo económicamente provechoso para el Estado, redefinido, bajo cierta línea interpretativa, como criterio de valoración económica, es un requisito que puede engranar con la extinción del dominio de objetos y productos del delito, mas no así con los instrumentos de este.

Bibliografía

Avendaño, F. (2007)

Bienes inmuebles y bienes muebles.
En Vidal Ramírez, F. et al. Código Civil
comentado por los 100 mejores especialistas.
Volumen 5. Gaceta Jurídica, 24-35.

Avendaño V., J. & Avendaño A. F. (2019)

Derechos reales. Pontificia Universidad Católica
del Perú, Fondo Editorial.

Cabanellas, G. (2006)

Diccionario jurídico elemental. Heliasta.

Carrillo del Teso, A. (2018)

Decomiso y recuperación de activos en el
sistema penal español. Tirant Lo Blanch.

Centro de Gestión del Conocimiento (2023)

La proporcionalidad en el decomiso.
Análisis de la extinción de dominio en el Perú.
Basel Institute on Governance.

García Caveró, P. (2023)

Los bienes susceptibles de extinción de dominio.
Gaceta Penal & Procesal Penal, 168, 9-21.

García Caveró, P. (2024)

Aspectos básicos del proceso de extinción de
dominio. Actualidad Penal, 117, 177-206.

Monroy, J (2007)

Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el
ordenamiento procesal civil peruano.
Revista oficial del Poder Judicial, 1, 293-308.

Moya, A. (2020)

Lecciones de Derecho Civil III.
Derechos reales.
Derecho inmobiliario registral.
Universitat Jaume I.

Priori Posada, G. (2019)

El proceso y la tutela de los derechos.
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Fondo Editorial.

Varsi Rospigliosi, E. (2017)

Tratado de Derechos Reales. Parte general.
Tomo I. Universidad de Lima, Fondo Editorial.



¿Instrumentalización de bienes de "terceros"? Extinción de dominio y límites al derecho de propiedad del titular ajeno al delito

Sergio Rodríguez Salinas

Sumario

Introducción.

1. Delimitación conceptual.
 - 1.1. El tercero en el proceso de extinción de dominio.
 - 1.2. Parte procesal y parte material en el proceso de extinción de dominio.
La protección del dominio sobre bienes.
2. El problema de la acción dirigida contra el titular ajeno al delito.
 - 2.1. Derecho de propiedad y autonomía.
 - 2.2. El ejercicio de derechos subjetivos y la buena fe.
3. El titular del derecho frente a la instrumentalización del bien.
 - 3.1. Límites al ejercicio del derecho de propiedad.
 - 3.2. Aplicación del ámbito de protección de la norma.
 - 3.3. Corolario.

Conclusión

Bibliografía



Introducción

Luego de cinco años de funcionamiento del subsistema especializado en extinción de dominio, resulta incuestionable la capacidad de rendimiento de este proceso de cara a la lucha contra la criminalidad de beneficios. Tener una herramienta que permita atacar el aspecto económico de la criminalidad, máxime cuando este sirve de incentivo para grandes fenómenos criminales como la corrupción, el tráfico de drogas o la trata de personas, es un postulado esencial de toda política criminal. No obstante ello, tampoco puede soslayarse la importancia de una herramienta que incida sobre otras variables del análisis costo-beneficio del delincuente, como los bienes que le facilitan o le sirven para la obtención de las ganancias ilícitas.

Así, aunque el mayor desarrollo del decomiso se ha visto en los efectos y ganancias, tampoco puede perderse de vista a los instrumentos del delito como objeto de aquel, ni de la extinción de dominio como una de sus formas. Mientras que la aplicación de una consecuencia jurídica patrimonial a aquel que utiliza su propio bien para la comisión de un delito cae por su propio peso, el supuesto del titular del bien ajeno al delito -denominado como "tercero"- trae consigo una serie de problemas, partiendo por la corrección del término "tercero" en el marco del proceso de extinción de dominio, y pasando por las razones que justificarían la aplicación de una consecuencia jurídica a quien es extraño al hecho ilícito que, precisamente, le da sustento al proceso de extinción de dominio. Finalmente, también se plantean interrogantes respecto al papel que cumplen las partes procesales, en especial el Ministerio Público como titular de la acción, de cara a obtener una decisión fundada en derecho.

El presente artículo se dedicará a responder estas interrogantes, procurando mantener una coherencia entre un supuesto específico de la extinción de dominio y su razón justificativa en un Estado Constitucional.

1. Delimitación conceptual

1.1. El tercero en el proceso de extinción de dominio

Aunque teóricamente no sea el camino correcto empezar por las cuestiones procesales, ya que el proceso sirve siempre para la realización del derecho material, por cuestiones metodológicas se partirá por determinar quiénes son las partes en el proceso de extinción de dominio. Se tomará en cuenta, además, que el Decreto Legislativo N° 1373 (en adelante DL) prevé, en puridad, una regulación estrictamente procesal.

Así, la denominación de "tercero" se puede encontrar en el artículo 3.12 del DL 1373. Aquí se define al tercero en contraposición al requerido, esto es, como quien no "figura ostentando algún derecho sobre el bien" pero reclama tener alguno. La figura del tercero se asocia, tanto en el DL 1373 como en su reglamento con el concepto de interesado. Así, el artículo 31.2 del mismo cuerpo normativo regula el momento en el que el interesado interviene en el proceso, con la finalidad de que se le reconozca la calidad de tercero de buena fe. A su turno, el artículo 66 del reglamento señala que, para dicha calidad, es necesario acreditar "haber obrado con lealtad y probidad", además de haber desarrollado un "comportamiento diligente y prudente".

A partir de este primer esbozo se puede concluir que el tercero -o interesado- que regula el proceso de extinción de dominio es una calidad procesal. Es decir, se regula una modalidad de intervención procesal o intervención de terceros. Si la ley define la extinción de dominio como el traslado a la esfera del Estado de la titularidad de un bien, entonces tiene sentido que la legitimidad para

obrar pasiva, esto es, la posición pasiva de un sujeto respecto al objeto materia de litigio (Viale Salazar, 1994, 32), la tenga el titular registral si el bien se encuentra inscrito, en virtud del principio de publicidad registral, o el titular del derecho en caso de bienes no inscritos, en función a las reglas del Código Civil sobre transmisión de los derechos reales.

No obstante, nada impide que una persona, que no ha sido considerada parte del proceso de extinción de dominio -esto es, no se le ha emplazado como requerida-, solicite intervenir en el proceso porque la decisión puede afectar los derechos de los que es titular. Sucedería así en el supuesto de un bien inmueble inscrito cuya propiedad ya ha sido transferida mediante contrato de compraventa, con independencia de que este haya sido elevado a escritura pública o no¹. Al emplazar al titular registral, el verdadero titular del bien se vería afectado por la decisión final del proceso de extinción de dominio.

En ese sentido, la doctrina procesal reconoce la calidad de tercero en sentido procesal a aquel a quien no se dirige la acción, pero se encuentra legitimado para intervenir por la afectación a sus intereses (Palacios Pareja, 1994, 62). Así, el artículo 66 del reglamento regula la intervención procesal de un tercero, limitándolo a los casos de transferencia del bien, esto es, cuando el bien que es objeto de extinción de dominio ha sido transferido o adquirido por un tercero con posterioridad al delito².

¹ Aquí, de una lectura conjunta de los artículos 949 y 1529 del Código Civil, habría operado ya la transferencia de propiedad, pero tratándose de un bien inscrito, el principio de tracto sucesivo reconocido en el artículo 2015 del mismo cuerpo normativo obligaría a emplazar al titular registral para que, luego, pueda operar la transferencia de dominio hacia el Estado.

² Cabría preguntarse si no deberían regularse expresamente otros supuestos de tercería como la tercería de derecho preferente, lo que permitiría salvaguardar los derechos de terceros con acreencias sobre el bien, como en el caso de una obligación asegurada mediante un derecho real de hipoteca, o el derecho de quien tiene un contrato de arrendamiento inscrito a que se respete el plazo del mismo.

Lo mismo sucede con el artículo 127 quater 1 del Código Penal español³, lo que ha llevado a afirmar que todo supuesto diferente a los casos de adquisición del bien quedaría fuera del concepto de tercero de buena fe o, en todo caso, todos aquellos supuestos que no sean de transferencia del bien deberían ser considerados como "terceros de buena fe" (Rodríguez Horcajo, 2022, 7).

En suma, la legislación de extinción de dominio contempla al tercero en la relación procesal, esto es, solo regula el supuesto de la intervención procesal de un tercero⁴ y los requisitos exigibles para amparar la tercería que postule una vez que es incorporado al proceso. No existe, por tanto, una previsión respecto a quien es "tercero" pero no de la relación procesal -porque es titular del derecho- sino respecto al delito -es ajeno al delito- como lo regula el § 74a del StGB⁵ o el art. 240 del Código penal italiano⁶.

³ "Artículo 127 quater:

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

- a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

⁴ Podría hablarse de una tercería excluyente de propiedad.

⁵ "§ 74a Decomiso de productos, instrumentos y objetos del delito ajenos

Si una ley hace referencia a esta disposición, también podrán decomisarse objetos, no obstante lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 74, si la persona que los posee o tiene derecho a ellos en el momento de la decisión

1. ha contribuido, al menos imprudentemente, a que se utilicen como instrumentos u objetos del delito, o
2. los ha adquirido de forma reprochable con conocimiento de las circunstancias que habrían autorizado el decomiso.

⁶ "Artículo 240. Decomiso

En caso de condena, el juez podrá ordenar el decomiso de las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito, o de las cosas que son producto o ganancia.

[...]

Las disposiciones de la primera parte y de los numerales 1 y 1-bis del párrafo anterior no son aplicables si la cosa o el bien o el instrumento informático o telemático pertenece a persona ajena al delito [...].

1.2. Parte procesal y parte material en el proceso de extinción de dominio. La protección del dominio sobre bienes

Al hacer alusión a la calidad de tercero que reconoce el proceso de extinción de dominio se ha hecho mención al concepto de legitimidad para obrar, lo que nos debería llevar a la distinción entre la relación material y la relación procesal. Como señala Priori, la determinación de la legitimidad para obrar no tiene que ver con una identidad entre ambas relaciones, "sino de un juicio de titularidad de la pretensión que es planteada" (2019, 177). Es decir, se trata de un juicio inicial basado en la sola "afirmación de la posición autorizada por la ley" (Viale Salazar, 1994, 32), pero ello no debería llevar a confundir esta posición con la existencia o no del derecho material invocado.

Esto queda claro de los requisitos que prevé el artículo 66 para reconocer la condición de tercero de buena fe, esto es, para amparar el derecho que invoca el interviniente. Y ello tiene que ver con la idea central de la extinción de dominio, que se encuentra en el artículo 2.4 del DL 1373 y en el artículo 5.2 del reglamento. Allí se proclama que el dominio que se puede tener sobre un bien solamente se protege en caso exista un justo título o un uso compatible con el bien jurídico.

Este principio es una obviedad, porque en el fondo regula el ejercicio legítimo de un derecho. Pero al mismo tiempo se erige en un importante criterio interpretativo ya que, si la pretensión extintiva se dirige siempre contra el requerido, este podrá oponer válidamente alguno de estos dos supuestos para que la pretensión estatal decaiga. Dicho de otra manera, la pretensión del Ministerio Público no puede componerse únicamente de la identificación de una actividad ilícita y de un bien que funcionalmente sirva al ilícito -y que le pertenece al requerido-, sino que, además, el resultado -esto es, la situación ilícita generada- debe responder a un comportamiento contrario a Derecho por parte del titular del bien.

Así, se ha sostenido que los derechos reales, como todo derecho subjetivo, presuponen una relación

jurídica -la relación jurídica real que, como tal, se construye entre personas (Avendaño & Avendaño, 2019, 16)-. Siendo así, se concibe la relación real como "una relación del titular con los demás a propósito de la asignación de bienes" (Arata Solís, 2007, 487), lo que se traduce en su carácter absoluto y excluyente de otras personas (Avendaño & Avendaño, 2019, 17). No obstante, para la satisfacción del interés subyacente se prescinde de la colaboración o cooperación de los demás, razón por la cual se afirma que se trata de derechos de disfrute que "otorgan a su titular un poder directo inmediato sobre la cosa" (Diez-Picazo, 1993, 71).

Siendo ello así, entonces puede concluirse que ningún análisis que pretenda pronunciarse sobre estos derechos puede prescindir del análisis del sujeto que los ejerce o de quien opone otro derecho, ya que finalmente se trata de valorar si existe un interés relevante que justifique conceder un poder a su titular y cómo se ejerce dicho poder. Piénsese, por ejemplo, en los requisitos necesarios para la prescripción adquisitiva de dominio o en la discusión sobre el mejor derecho de posesión, que requiere siempre de una relación o poder de facto de una persona con un bien.

Con todo ello, para la fundabilidad del derecho que invoque el Estado no bastará con dirigir la acción contra el titular registral, pues aquí se agota el concepto de legitimidad para obrar. Se requerirá un juicio o valoración sobre el justo título por el cual se adquiere el bien o sobre el comportamiento mediante el cual se utiliza el bien.

Así, volviendo sobre el artículo 66 del reglamento, los requisitos que allí se prevén permiten corroborar que la relación material no solo se justifica sobre la pretendida titularidad del bien, sino que se requiere además que dicha titularidad se encuentre revestida de ciertos rasgos esenciales. Es decir, que pueda hablarse efectivamente de un justo título.

2. El problema de la acción dirigida contra el titular ajeno al delito

Como puede advertirse, el supuesto que es materia de análisis en el presente artículo no se corresponde con el tercero que regula el DL 1373. En el presente caso, la relación procesal sí se puede entablar, ya sea porque el requerido es titular registral del bien o porque, siendo titular del derecho, se presume al mismo tiempo que lo use. No estamos, por lo tanto, ante un problema de legitimidad para obrar de forma pasiva.

Como se ha señalado, ello tampoco puede ser suficiente para fundar la pretensión extintiva. Empero, aquí aflora un posible problema: aparentemente la legislación sobre extinción de dominio no tendría una respuesta para ello, ya que, como se ha demostrado, el artículo 66 del reglamento no sería pertinente. Nos encontramos entonces ante un problema de calificación o de interpretación en concreto, en donde la labor del juez o del operador jurídico en general radica en la necesidad de construir una regla jurídica general o universal a partir de la cual se puedan subsumir los hechos (MacCormick, 2018, 139).

En esa línea, de lo que se trata es de construir una justificación de segundo orden, de elegir aquella resolución o regla universal relevante para el problema planteado, y ello requiere que estas reglas sean tratadas como principios generales que, como tales, guarden coherencia con el sistema en su conjunto, esto es que se encuentre "justificada por el Derecho tal como es" (MacCormick, 2018, 147).

Para construir este principio general que valga para dar respuesta al problema de quien es titular del derecho real, pero ajeno a la realización del delito, es necesario volver sobre el fundamento de protección del derecho de propiedad. Este punto de partida es esencial al abordar el decomiso de instrumentos, ya que aquí no se trata de la neutralización de la ganancia criminal -o ganancia ilícitamente adquirida- sino de una restricción del

derecho de propiedad (Carrillo del Teso, 2018, 138). Ello permite afirmar entonces que "este decomiso es parte del castigo por un mal comportamiento, porque el peligro de reincidencia no se le puede imputar al bien, sino a la persona" (Carrillo del Teso, 2018, 137).

2.1. Derecho de propiedad y autonomía

La propiedad, en términos generales, ha sido entendida como "fundamento y corolario de la libertad", primero a partir de su conceptualización como un bien, junto con la vida, la salud y la libertad, protegido por la ley natural, y luego, a partir de su positivización inicial en la Declaración francesa de 1789 (Ferrajoli, 2018, 12-13). Posteriormente, también ha sido reconocido en constituciones y códigos civiles.

En esa línea, Ferrajoli (2018, 20) diferencia el derecho civil de propiedad del derecho real de propiedad: el primero es un derecho fundamental cuyo contenido alcanza el derecho de convertirse en propietario y de disponer de los propios bienes, mientras que el segundo es un derecho patrimonial, singular en tanto recae sobre bienes particulares, y cuya base son actos jurídicos, como los contratos de compraventa. Por ende, el derecho fundamental de propiedad es un derecho de autonomía privada, un derecho-poder que permite al titular ejercer actos jurídicos que causen efectos en los demás individuos y, por lo cual, "están sujetos a normas que regulan las formas y los contenidos de su ejercicio como garantía de los intereses públicos y de los derechos de todos" (Ferrajoli, 2018, 22).

Así, tiene sentido afirmar que la autonomía es razón justificativa pero no suficiente de la

propiedad, sino que es necesario apelar a normas, directrices y juicios sobre nexos causales que persiguen la maximización del interés común de bienes colectivos (Atienza & Ruiz Manero, 2006, 52). Es decir, la función social de la propiedad, reconocida tanto a nivel constitucional como convencional, es una razón que justifica pero a la vez limita las diferentes facultades que tiene el titular del derecho de propiedad (Atienza & Ruiz Manero, 2006, 53).

Estas limitaciones se traducirán en reglas que fija el legislador para el legítimo ejercicio del derecho de propiedad. Empero, tratándose de un derecho fundamental y del ejercicio de la autonomía privada, la existencia de estas reglas viene asociada a una relativa estabilidad como condición necesaria. Y, a su vez, la pretendida coherencia del sistema no puede ceder en favor del utilitarismo, esto es, no se podría justificar una limitación por el solo hecho de no generar utilidad alguna para el colectivo o por solo afectar a terceros. Y es que "difícilmente alguien podría desarrollar su plan de vida si las reglas que determinan lo que le está permitido hacer en el plano patrimonial estuvieran en situación de cambio permanente o si decisiones suyas de esta índole, permitidas en virtud del sistema de reglas aplicables, resultaran a la postre interferidas [...] porque afectan negativamente a los intereses de otros o a esos intereses colectivos que las directrices ordenan maximizar" (Atienza & Ruiz Manero, 2006, 54).

En suma, para construir una regla aplicable al decomiso o extinción de instrumentos de un tercero ajeno al delito debe partirse de la siguiente premisa: si bien la autonomía que proclama el derecho de propiedad no es absoluta, su limitación debe responder a un sistema de reglas estables y coherentes que evidencien, precisamente, una extralimitación de aquella autonomía (Atienza & Ruiz Manero, 2006, 56).

2.2. El ejercicio de derechos subjetivos y la buena fe

A partir de la justificación del derecho (fundamental) de propiedad, o de la protección del dominio que confiere el Estado -para usar la terminología del DL 1373- se puede concluir que al ejercicio legítimo de este y, por ende, de su eventual limitación, le son consustanciales una serie de reglas o directivas.

Este sistema de reglas articulado y coherente son consustanciales, a su vez, con el concepto de buena fe. La buena fe se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, principalmente, en el artículo 1362 del Código Civil, que señala que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". De manera similar, pero como parte del derecho de las obligaciones, el artículo 242 del Código Civil alemán establece la obligación del deudor de ejecutar sus obligaciones de acuerdo con los requerimientos de la buena fe y tomando en cuenta las prácticas convencionales. El mismo tenor y ubicación sistemática puede encontrarse en el artículo 1175 del Código Civil italiano.

Esta ubicación sistemática de la buena fe no ha impedido que la doctrina alemana señale que la buena fe es un límite al ejercicio de cualquier derecho subjetivo, desde que es imposible entender que estos puedan ejecutarse de manera ilimitada. Así, "según un criterio hoy indiscutido, es válido para cualquier nexo jurídico existente, y fundamenta en el marco de este no solo deberes, sino que restringe también el ejercicio de derechos" (Larenz, 1978, 300).

Así, la existencia de un vínculo jurídico entre dos personas, esto es, la existencia de una relación jurídica⁷, trae como consecuencia que deba regularse de cierta manera la forma cómo se han de interrelacionar ambos sujetos y el haz de derechos, poderes, expectativas e intereses, por un lado, y los deberes, obligaciones, sujeciones y responsabilidades, por el otro. Por ello, a efectos de hacer viable el tráfico jurídico y promover el

⁷ Se entiende como relación jurídica la correlación entre dos situaciones jurídicas subjetivas, debiendo entenderse por esta la valoración que hace el ordenamiento de determinados intereses (Morales Hervias, 2008, 330).

intercambio de bienes y servicios, tiene sentido que dicha relación se desarrolle sobre la base no solo de una creencia o confianza -fundada- en el comportamiento leal del otro, sino que, además, cada persona deba comportarse "tal como se puede esperar de una persona de buena fe" (Larenz, 1978, 300). En todo caso, no es posible entender o fundar una vertiente subjetiva de la buena fe si no se exige, al mismo tiempo, un patrón de conducta o una manifestación objetiva de la buena fe (Vásquez Laguna, 2021, 206).

Siendo ello así, la buena fe se erige no solo en "principio inspirador de todo el Derecho patrimonial", sino como principio general del Derecho (Vásquez Laguna, 2021, 206), tal y como lo reconoce el artículo 7 del título preliminar del Código Civil español. Como se ha puesto de manifiesto, su ámbito de aplicación no se agota en el cumplimiento de las obligaciones convencionalmente pactadas, sino que su razón de ser tiene que ver con el ejercicio de los derechos subjetivos, de manera tal que se construye "un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que viven en las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales" (Diez-Picazo, 1993, 49).

Como puede advertirse, si de lo que se trata es de reglamentar la forma cómo deben ejercerse los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos, entonces la buena fe no puede fundamentarse en criterios morales, abstractos o subjetivos. Comportarse de buena fe solo puede significar "no ejercer la libertad de una manera tal que termine colocando en peligro a una sociedad que se rige por el ejercicio de la libertad" (de Trazegnies, 2008, 121). En consecuencia, comportarse de buena fe no es más que comportarse dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico y la sociedad, principalmente, reconocen a

su titular, con independencia de los efectos o resultados que dicho comportamiento lícito o leal acarree. La buena fe, entonces, constituye al mismo tiempo un mecanismo de protección y un requisito o condición (de Trazegnies, 2008, 132) para atacar la posición del titular del instrumento ajeno al delito.

A partir de estos argumentos, se pueden formular dos conclusiones preliminares. En primer lugar, resultaría innecesario -e incluso, desaconsejable por su aparente indefinición y posible confusión- recurrir a la buena fe o, con mayor precisión, a la figura del tercero de buena fe, para analizar la situación del titular del bien ajeno al delito⁸. En última instancia, la buena fe parte del principio de no contradicción: no se pueden ejercer las libertades y derechos que reconoce el ordenamiento jurídico contradiciéndolo al mismo tiempo (de Trazegnies, 2008, 134). La obligación de actuar de buena fe será la otra cara del derecho de propiedad y, al mismo tiempo, su límite intrínseco. Se trata, en suma, de un deber entimemático.

En segundo lugar, y como consecuencia de la primera conclusión, el baremo de la llamada actuación de buena fe será el mismo que del comportamiento conforme no solo al Derecho, sino conforme a las pautas o expectativas que legítimamente la sociedad puede esperar. Así, los límites al ejercicio del derecho de propiedad vendrán dados no solamente por el propio ordenamiento jurídico, sino también por aquellas pautas sociales que, en un juicio de ponderación, se integren al ámbito de libertad del titular.

Por lo tanto, a continuación corresponderá analizar cuáles son los límites que permitan negar la protección del derecho de propiedad al titular del derecho -requerido en términos procesales- ajeno al delito.

⁸ Más aún si se hace referencia a la debida diligencia y prudencia, cuyo contenido podría vincularse a criterios morales que ya se han descartado.

3. El titular del derecho frente a la instrumentalización del bien

3.1. Límites al ejercicio del derecho de propiedad

El argumento que se ha repetido hasta el momento es el siguiente: la afectación al derecho de propiedad de una persona solo puede fundamentarse en el ejercicio ilegítimo de la libertad que el ordenamiento y la sociedad le reconoce. Cuando dicho ejercicio supone la utilización, de manera funcional, del bien para la comisión de un delito, queda claro que se vulnera no solo una norma imperativa, sino el fin social de la propiedad como fundamento y límite de este derecho. Es incuestionable que la prohibición de determinado comportamiento -por ejemplo, facilitar el ingreso ilegal de personas al territorio peruano con el fin de obtener un beneficio- incluye, a su vez, la prohibición de instrumentalizar bienes de manera tal que permitan la vulneración de esta pauta de comportamiento -acondicionando, por ejemplo, un espacio en un camión para el transporte de personas sin que sean detectadas-.

No obstante, también cae por su propio peso la expectativa social de no contribuir a la realización de un hecho ilícito. No es necesario contar con una norma expresa que prohíba al titular de un bien facilitar o permitir la comisión de un delito aun cuando ello se origine en un aparente legítimo ejercicio de su libertad. Es decir, si bien el propietario de un bien puede permitir su uso por parte de un tercero, esta libertad solo puede estar reconocida si no se contradice con el límite de esta libertad.

En consecuencia, deberá verificarse qué reglas concretas se pueden construir alrededor del uso de esta libertad y que puedan ser exigibles y previsibles. Muchas de estas reglas ya están previstas por el propio ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el ámbito del transporte terrestre de

personas y mercancías, el Reglamento Nacional de Administración de Transporte regula las condiciones o características que deben tener los vehículos, así como las condiciones técnicas exigibles para la prestación del servicio. Siendo ello así, el derecho de propiedad de una empresa sobre un vehículo de transporte, que a su vez sirve para el ejercicio de su libertad de empresa, encuentra como límite las exigencias propias del ordenamiento en este marco de actuación.

El sistema de reglas o directrices limitantes del derecho de propiedad no se agotan en las normas jurídicas. La exigibilidad y previsibilidad también alcanzan a reglas extrajurídicas como los contratos, la "lex artis" o los usos y costumbres de la profesión o del mercado -la denominada "lex mercatoria"- . Si el límite es, nuevamente, la función social de la propiedad, tiene sentido que sea la propia sociedad, e incluso los propios ciudadanos voluntariamente, los que fijen también límites a su actuación. En esa línea, en el actual desarrollo económico y empresarial, los programas de cumplimiento serán un referente obligatorio para el juicio de antijuridicidad, en tanto estos cumplan dos funciones específicas: la prevención de infracciones legales dentro de la empresa y asegurar un comportamiento o actitud de fidelidad al Derecho -una actuación de buena fe- (Rodríguez Salinas, 2021, 354). Este recurso a los programas de cumplimiento para verificar el comportamiento leal del titular del derecho de propiedad ha sido confirmado por la Corte Suprema peruana (Casación N° 2147-2019-Puno).

Como puede advertirse, la atribución de responsabilidad o de una consecuencia jurídica - con independencia de su naturaleza- no puede prescindir de dos presupuestos: exigibilidad y

previsibilidad. Si el riesgo de instrumentalización no es previsible y si no se le puede exigir al titular que lo evite, entonces no se habrá vulnerado ningún límite al derecho de propiedad. Si el recepcionista de un hotel permite el ingreso de un prófugo de la justicia a una habitación, a través del proceso regular de registro, entonces el bien no puede entenderse como instrumentalizado. Desde la posición del titular del inmueble, no se le puede exigir que mantenga informados a sus dependientes de la lista de personas con órdenes de captura o que se encuentra en el programa de recompensas del Ministerio del Interior. Pero sí se le puede exigir que los instruya sobre el procedimiento y requisitos para registrar a un huésped. Entonces, ya sea que la persona prófuga se registre con sus datos reales o se registre alterando su identidad, no se habrá vulnerado ningún límite al ejercicio de la propiedad.

A la misma conclusión se llegará si la persona prófuga no es registrada por el recepcionista. En este caso, será irrelevante que ambos se hayan puesto de acuerdo o que el recepcionista lo haya hecho por mera negligencia. En todos los supuestos planteados, la pretensión de extinción del bien no procederá porque no se le puede exigir más al titular del bien.

No obstante, la conclusión sería distinta si, por ejemplo, el titular del inmueble no capacita adecuadamente a sus dependientes respecto a los requisitos para el acceso de menores de edad o para la prevención de la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes (ESNNA), más aún tratándose de lugares con una alta incidencia de este fenómeno. En este caso, al titular sí le es exigible evitar la instrumentalización de su bien a efectos del delito de ESNNA.

Solo comprendiendo de esta manera el alcance de los límites al derecho de propiedad puede entenderse que, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no se pueda afectar el derecho de quien "no sabía ni podía saber que su bien se utilizó para cometer una infracción" (C-393/19). Si bien el Tribunal sustenta su conclusión en la protección del tercero de buena fe, lo mismo puede predicarse bajo la argumentación que aquí se sostiene. Esto es, el conocimiento, real o

presunto, solo puede sostener la consecuencia jurídica si este se basa en actos concretos que generen, precisamente, esa exigibilidad. Bajo la doctrina de la buena fe, la vertiente subjetiva -la convicción sobre un actuar conforme a derecho- solo puede fundamentarse en su vertiente objetiva, de manera tal que solo cumpliendo con las obligaciones impuestas por los límites al derecho de propiedad se puede confiar en la no utilización del bien para cometer el delito.

Dicho de otra manera, quien no cumple con estos límites no puede invocar, luego, que no sabía o no podía saber el resultado derivado precisamente del incumplimiento de dichos límites. Y, a su vez, no cumplir con un sistema de reglas que, diseñado para compatibilizar el ejercicio del derecho de propiedad con el fin social, permite previsiblemente evitar la utilización del bien en la comisión de hechos delictivos, significa contribuir a su utilización en el delito, en los términos del § 74a del Código Penal alemán.

3.2. Aplicación del ámbito de protección de la norma

Volviendo al caso de la infracción del Reglamento Nacional de Administración de Transporte, por una parte, podría argumentarse que el marco legal antes señalado no se relaciona directamente con el derecho de propiedad. Por otra, podría formularse como objeción que dichas normas no tiene como finalidad prevenir un uso ilícito del bien -entiéndase la prevención de delitos- sino solo para asegurar la adecuada prestación del servicio de transporte en condiciones mínimas.

Respecto a la primera objeción, no puede perderse de vista que el interés de una persona respecto a un bien es atendible por el Derecho precisamente porque este "tiene utilidad, beneficio y contenido económico para el hombre [...] deben ser útiles a los hombres en sus relaciones sociales" (Varsi Rospigliosi, 2017, 27). Por lo tanto, es consustancial al concepto de bien y a los derechos que sobre este recaigan la consecución de determinados fines y su introducción al tráfico

económico. Por ende, la participación de un ciudadano en el servicio de transporte de pasajeros o de mercancías trae como consecuencia necesaria que la regulación del ámbito económico o social se integren a los límites propios del ejercicio del derecho de propiedad. Nuevamente, si solo puede justificarse y a la vez limitarse el derecho de propiedad por la función social de propiedad, y el ejercicio de una actividad económica -en la cual se utiliza el bien- forma parte de ese fin social, entonces el principio de no contradicción antes señalado obliga a afirmar que los límites de dicha actividad son, al mismo tiempo, límites del derecho de propiedad.

Ahora bien, respecto a la segunda objeción, es evidente que lo que busca el Estado a través de la actividad regulatoria es crear una situación ideal en un ámbito social específico. Entonces, en el ejemplo mencionado, queda claro que las condiciones del servicio que regula el Reglamento Nacional de Administración de Transporte están diseñadas para asegurar la idoneidad del servicio. Pero tampoco puede soslayarse que las normas jurídicas no operan de manera aislada. Entenderlo de otra manera significaría comprender los distintos ámbitos sociales como compartimentos estancos sin ninguna relación entre ellos. Por lo tanto, más allá de la ubicación sistemática de la regla que se incumple, lo que debe primar son los riesgos que, objetiva y previsiblemente, la norma pretende evitar. Así, que no se pueda modificar el chasis del vehículo no tiene como ámbito de protección únicamente asegurar la integridad del vehículo, sino que también puede afirmarse que dicha regla tiene como ámbito de protección asegurar los espacios donde se transportarán personas o mercancías. Si el dueño del vehículo modifica el chasis, creando compartimentos o espacios que objetivamente podrían servir para ocultar personas o bienes y, luego, un tercero a quien contrata para prestar el servicio de transporte lo utiliza para el tráfico ilícito de migrantes o el contrabando, entonces podrá afirmarse sin problema que el propietario -ajeno al

delito- ha vulnerado los límites de su derecho de propiedad.

No obstante, lo mismo no podría predicarse de la regla que obliga a tener dos o tres conductores según la duración del viaje. Si bien causalmente podría afirmarse que se ha vulnerado un límite impuesto por el ordenamiento jurídico, y que la ausencia de un segundo o tercer conductor hubiera evitado que el vehículo fuera instrumentalizado por el primer conductor, este riesgo no se relaciona con aquellos por los que la norma existe. El número de conductores no tiene como finalidad servir de vigilante respecto a la prestación del servicio o uso de la propiedad, sino la de salvaguardar a los pasajeros ante el cansancio o agotamiento de los conductores. No es posible extraer otra finalidad legítima que no restrinja en exceso el ámbito de libertad de los ciudadanos.

Este análisis es lo que se conoce en la teoría de la imputación objetiva⁹ -civil y penal- como el ámbito de protección de la norma. Así, deberá determinarse en cada caso si la norma vulnerada, implícita o explícitamente prevé el riesgo que se ha creado, o si su cumplimiento precisamente sirve para proteger determinado ámbito social (STS 3068/2021).

De igual manera, una vulneración a los límites del derecho de propiedad no podría fundamentarse en el incumplimiento del artículo 1681 del Código Civil. El numeral 5 prevé una obligación del arrendatario de permitir que el arrendador inspeccione el bien, siempre que medie causa justificada y aviso previo. De esta obligación podría deducirse la posibilidad del arrendador de acceder al bien objeto del contrato de arrendamiento. No obstante, nótese que se trata de una prerrogativa, no de una obligación, por lo que no podría construirse una regla válida de límite al derecho real de propiedad o de posesión - en caso de un subarrendamiento, por ejemplo- porque no hay exigibilidad. No le es exigible al

⁹ Fue en el ámbito del derecho civil en el que se empezó a discutir la irrelevancia de los cursos causales. Así, para Larenz (1927, 90), la persona debe considerarse como un ser libre a partir de su voluntad. Y es el Derecho o las normas jurídicas las que sirven de pauta a esa voluntad, de tal manera que se generará responsabilidad cuando pueda existir un juicio normativo sobre el hecho, esto es, una antijuridicidad normativa. De esta manera, en el ámbito de la responsabilidad civil, "la antijuridicidad objetiva se dará en la constatación de la existencia de una contrariedad entre un acto humano y las normas jurídicas" (Fernández Cruz, 119) Finalmente, el Derecho se basa en el uso de la libertad, y por ende, el juicio de responsabilidad requerirá de un juicio o valoración precisamente del uso de dicha libertad.

arrendatario inspeccionar el inmueble. No se trata de una posición subjetiva de desventaja sino, por el contrario, de una posición de ventaja, de un poder.

Aunado a ello, esta regla no tiene como finalidad convertir al arrendatario en vigilante del uso del bien en beneficio de la colectividad, sino solo habilitarle un mecanismo para que pueda reaccionar en beneficio propio. Así, podría ser factible que el arrendador venga dándole un uso distinto al pactado, o haya incluso subarrendado el bien. El Código Civil asume que, si el arrendatario nunca ejercita dicho poder, entonces el perjuicio será para él. Si se quiere mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, otra parcela de este no puede atribuir responsabilidad -esto es, una consecuencia jurídica por haber realizado el supuesto de hecho de la norma- por el no ejercicio de una libertad, aun cuando se haya materializado un resultado que atente contra el fin social. Por ejemplo, que el bien sea utilizado como centro de operaciones de una organización criminal dedicada a la extorsión.

3.3. Corolario

Llegados a este punto se puede volver sobre la idea inicial del presente artículo. Se señaló que, para poder negar la protección del derecho de dominio -entiéndase, derecho fundamental de propiedad- al titular que no interviene en el delito era necesario construir, en cada caso, el sistema de reglas que fundamentan y limitan el ejercicio del derecho de propiedad. Además, que este sistema de reglas debía ser previsible a efectos de no limitar excesivamente el ejercicio de la libertad del posible afectado.

Habiendo realizado el esfuerzo por delimitar, de manera general, ese sistema de directrices, entonces la pregunta que subyace es: ¿a quién le corresponde, dentro del proceso de extinción de dominio, esa carga argumentativa? A la respuesta se puede llegar por tres vías. La primera tiene que ver con el contenido del derecho material que justificaría que se declare fundada la pretensión.

Como ya se ha señalado, no basta el vínculo del titular con el bien para declarar fundada la pretensión, porque el "statu quo" del que se parte es que el dominio del titular -afectado- se encuentra tutelado por el ordenamiento.

En consecuencia, para declarar fundada la pretensión, el titular de la acción de extinción de dominio deberá desvirtuar dicha protección, es decir, deberá negar que el interés del titular sobre el bien sea tutelable por el ordenamiento debido a un ejercicio contrario al fin social. En consecuencia, el Ministerio Público deberá postular cuáles eran esos límites y en qué medida dichos límites fueron vulnerados. No hacerlo debería tener como consecuencia que la demanda sea declarada improcedente por manifiesta falta de interés para obrar. Esto debido a que no es posible obtener una tutela por parte del órgano jurisdiccional porque el dominio sobre el bien se encuentra legalmente protegido.

No hacerlo, además, vulneraría el principio de contradicción como garantía del derecho de defensa, toda vez que, si la pretensión del afectado es que se mantenga el reconocimiento al dominio que ejerce sobre el bien, entonces deberá contradecir la acción de extinción en los mismos términos: que se actuó dentro de los límites establecidos, lo que presupone saber cuáles son esos límites y que acción realizó o no realizó.

La segunda vía tiene que ver con el concepto de carga de la prueba. Aunque no es este el espacio para discutir su real dimensión, se asume aquí que, sobre la base del principio de comunidad de la prueba, el proceso debe ser "un espacio que ponga al juez en las mejores condiciones para recibir las alegaciones de las partes y la prueba de los hechos", de manera tal que el juez esté en condiciones de seleccionar la hipótesis que mejor pueda justificar una decisión (Nieva-Fenoll, 2020, 128). Como se ha señalado, no se podría fundamentar una pretensión, y mucho menos una decisión sobre el reconocimiento del derecho que ejerce el afectado sin el recurso a los límites a su derecho, de manera tal que, no incluirlo como fundamentación de la demanda no permitiría al juez considerar la hipótesis fiscal como viable.

Finalmente, aunque vinculada a la segunda vía, la respuesta se puede construir a partir de la teoría de la argumentación jurídica. El proceso de argumentación de las decisiones judiciales es un proceso de justificación, en el que el juez debe dar razones que son controlables intersubjetivamente sobre por qué los argumentos de la parte actora son razones suficientes para sustentar la pretensión (MacCormick, 2018, 44). Y el no reconocimiento del derecho de propiedad no puede entenderse o justificarse sin hacer referencia a los límites a dicho derecho. Además, si finalmente el juez debe construir una regla universal pero aplicable al caso en concreto, esta a su vez tendrá un carácter normativo, ya que "establecen patrones de comportamiento [...] ordenan qué consecuencias deben seguirse de

ciertas condiciones" (MacCormick, 2018, 143).

Si ello es así, y si el juez debe limitarse a lo planteado por las partes en virtud del principio de congruencia, entonces no se podrá establecer un patrón de comportamiento válido si antes el Ministerio Público no ha ofrecido una hipótesis válida para construirlo. Y si el juez no puede establecer un patrón de conducta sobre el cual pueda enjuiciarse el comportamiento del titular del derecho, entonces los fines preventivos de la extinción de dominio no tendrán ninguna aplicación real: ¿cómo se evitarían futuras instrumentalizaciones si no se transmite cuál es la exigencia del ordenamiento jurídico respecto al correcto uso de la propiedad?.

Conclusiones

En la aplicación de las diferentes herramientas jurídicas con las que cuenta el Estado para atacar el fenómeno criminal es importante que el operador jurídico no pierda de vista el "telos" de la norma, a efectos de no desvirtuar su razón de ser. Como se ha visto, el resultado no es lo relevante, sino la razón que justifica dicho resultado. Así, lo que debería importar son las razones que justifican que se afecte la propiedad de una persona que, siendo el titular del derecho de propiedad, no interviene, al menos directamente, en el hecho delictivo.

Como se ha expuesto, esas razones son, a su vez, las mismas que justifican y limitan el derecho fundamental a la propiedad. Y ello se relaciona con el fundamento de todo Estado Constitucional: la promoción y protección de la libertad y autonomía de los ciudadanos. El correlato de esa libertad es la responsabilidad, ambos son un binomio inescindible. La extinción de dominio, como una parcela más del ordenamiento jurídico, no puede ser ajena a dicha realidad, por lo que las consecuencias -o responsabilidades- que atribuya a una persona deben estar ligadas al (mal) uso de esa libertad. Al menos así debe suceder tratándose de la instrumentalización de bienes por un tercero diferente al titular del derecho.

Bibliografía

Arata Solís, S. (2007)

Principio de oponibilidad. En Vidal Ramírez, F. et al. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica, 10, 481-511.

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2006)

Ilícitos atípicos. Editorial Trotta.

Avendaño V. J. & Avendaño A. F. (2019)

Derechos reales. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Carrillo del Teso, A. (2018)

Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español. Tirant Lo Blanch.

Centro de Gestión del Conocimiento (2023)

La proporcionalidad en el decomiso. Análisis de la extinción de dominio en el Perú. Basel Institute on Governance.

De Trazegnies Granda, F. (2008)

Desacralizando la buena fe en el derecho. *Advocatus*, 017, 119-144.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n017.2933>

Diez-Picazo, L. (1993)

Fundamentos del derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato. Civitas.

Ferrajoli, L. (2018)

Libertad y propiedad. Palestra.

Larenz, K. (1978)

Derecho Civil. Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado.

Larenz, K. (1927)

Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl.

MacCormick, N. (2018)

Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho. Palestra.

Morales-Hervias, R. (2008)

Situaciones jurídicas subjetivas. *Advocatus*, 019, 323-360.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n019.478>

Palacios Pareja, E. (1994)

La intervención del tercero en el proceso civil peruano. *Derecho PUCP*, 48, 57-91.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199401.004>

Priori Posada, G. (2019)

El proceso y la tutela de los derechos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Rodríguez Horcajo, D. (2022)

El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-21.

Rodríguez Salinas, S. (2021)

La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento: una nueva manifestación de un problema tradicional. En: Meini, I. & Montoya, Y. (coordinadores), Libro homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), 349-368.

Vásquez Laguna, J. (2021)

Contribución al estudio de la buena fe en el Derecho Privado: a propósito de la renegociación y el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta. *Advocatus*, 039, 203-218.
<https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5129>

Viale Salazar, F. (1994)

Legitimidad para obrar. *Derecho PUCP*, 48, 29-49.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199401.002>



Reflexiones sobre la extinción del dominio de bienes equivalentes

Whalter Delgado Tovar

Sumario

Introducción.

1. ¿Existe base legal para la extinción de bienes equivalentes en el proceso de extinción de dominio?
2. Naturaleza jurídica de la extinción por valor equivalente.
3. ¿Es posible la extinción de bienes equivalentes a los instrumentos de actividades ilícitas?

Conclusión

Bibliografía



Introducción

¿Es posible la extinción de dominio de bienes lícitos de valor equivalente a los de origen y destinación ilícita? Particularmente, en nuestro país, este es un tema pendiente de debate. Al parecer, muchos operadores del sistema especializado en extinción de dominio no tienen claro si existe base legal que la habilite, y aún más, que la naturaleza jurídica de esta sea compatible con la naturaleza "in rem" que se predica de la acción de extinción de dominio, regulada en el Decreto Legislativo 1373. Prueba de ello es el limitado número de casos en los que se ha instado la extinción de bienes equivalentes¹.

En noviembre de 2023, el GAFI publicó una actualización de los estándares internacionales en el combate del lavado de activos, financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. La cuarta recomendación referida a la confiscación y las medidas cautelares ha sufrido importantes cambios, entre ellos, el requerimiento a los países de priorizar la recuperación de activos en el ámbito nacional e internacional y la implementación de medidas que posibiliten la aplicación del decomiso sin condena. Esto implica, además, la adopción de políticas para el cumplimiento de solicitudes de medidas cautelares y órdenes de decomiso con y sin condena formuladas por otros países, así como la puesta en vigor políticas de administración eficaz de los activos recuperados.

De otro lado, en la novena nota interpretativa de esta recomendación se destaca que la adopción de medidas de decomiso equivalente requiere la previa condena de la persona²; lo que niega la posibilidad de que pueda efectuarse en el marco de un proceso "in rem", como el de extinción de dominio peruano. Si bien es cierto, las recomendaciones no son una norma como tal, sin embargo, constituyen los estándares internacionales que los estados deben implementar en el combate de las más graves formas de criminalidad y la afectación de los denominados "patrimonios criminales". Estos estándares no solo buscan ser eficientes en la lucha contra dichos crímenes, sino también su compatibilidad con el ordenamiento jurídico y el respeto de los derechos humanos³.

¹ Se conoce de dos sentencias en las que se ha resuelto declarar fundada la demanda de extinción de dominio de bienes equivalentes.

² 9. Los países deberían contar con medidas, incluidas medidas legislativas, para permitir la confiscación de bienes delictivos y bienes de valor correspondiente tras la condena de una persona.

³ A fines del año pasado, Marcus Pleyer, Presidente del GAFI (2020-2022) publicó en su cuenta de LinkedIn algunas reflexiones respecto a su participación en la primera conferencia anual de la revista Money Laundering & Law, respecto a los actuales desafíos del GAFI en el contexto de la creciente mala aplicación o uso indebido de los estándares del GAFI para reprimir a las organizaciones sin fines de lucro. En esta publicación reconoció que en el pasado los evaluadores de la Red Global GAFI incidían en identificar si un país había tomado las medidas necesarias para la implementación de los estándares, pero omitían comprobar si los países se habían excedido en las medidas para su implementación. Señaló, además que, en preparación de la quinta ronda de evaluaciones mutuas, los evaluadores tendrán que considerar evaluar la proporcionalidad de las medidas tomadas como factor limitante de la efectividad; precisando que, los evaluadores no pueden evitar considerar tanto el objetivo del estándar como su impacto en los derechos humanos, y que todas las limitaciones a la gama de derechos humanos necesitan una justificación sólida.

La extinción⁴ de bienes por valor equivalente es, sin duda alguna, una herramienta poderosísima en la lucha contra las principales y más graves formas de criminalidad; sin embargo, aún en el marco de esta legítima finalidad, todas las medidas que restringen algún derecho fundamental deben adecuarse al respeto de los Derechos Humanos. Lo que se busca es evitar el riesgo de eficientismo en la dación y aplicación de medidas, a costa de una limitación irrazonable de las garantías.

Debemos precisar que no es materia de discusión la constitucionalidad y legitimidad de las medidas para la recuperación de activos criminales en general, respecto a la cual estamos convencidos y venimos postulando desde hace más de una década, desde nuestro primer trabajo sobre la materia en el año 2009; aún más, esta ha sido reconocida recurrentemente tanto por los tribunales nacionales⁵ e internacionales⁶; lo que sí es necesario reconocer es la multiplicidad de formas y naturaleza de los diferentes tipos de decomiso con o sin condena regulados en nuestra legislación⁷; por eso, la doctrina habla de la naturaleza poliédrica o camaleónica de la confiscación (Fondaroli & Fiandaca citados por Merlino, 2021, 484); y, a partir de ahí, determinar si su aplicación corresponde a un proceso "in rem" o "in personam" y cuáles son las garantías que deben aplicarse en cada caso.

Esta labor de análisis es hoy particularmente necesaria, dado que tenemos una normativa de extinción de dominio en franco proceso de maduración, que requiere reevaluar constantemente la razonabilidad de las decisiones judiciales emitidas en aplicación de la Ley de extinción de dominio (en adelante, la Ley) y su reglamento, así como la doctrina jurisprudencial y académica desarrollada; máxime si, en nuestro sistema, un elevado porcentaje de las sentencias de extinción de dominio están referidas a bienes instrumentalizados (esto es, en su mayoría, bienes lícitos, que han sido empleados en la comisión de actividades criminales) y no en todos los casos se ha tratado de activos vinculados a criminalidad organizada⁸; aún más, en estos momentos se viene predicando la aplicación de la ley a activos vinculados a ilícitos administrativos⁹.

Dado los límites de un trabajo de investigación como este, nos centraremos en el análisis de la extinción de bienes equivalentes y, específicamente, en absolver dos interrogantes concretas referidas a su base legal y su naturaleza jurídica.

⁴ Como hemos desarrollado desde nuestros primeros trabajos en el año 2013, preferimos denominar a esta institución decomiso sin condena y no extinción de dominio; sin embargo, por efectos prácticos mantenemos el "nomem iuris" previsto en la norma. Véase, Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2013). La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano. Jurista Editores, 127.

⁵ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia de Casación 1408-2017- PUNO.

⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en líneas generales ha sostenido que un sistema de recuperación de activos será compatible con el art. 1 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en tanto cumpla estos elementos cruciales: a) La injerencia debe estar prevista en la ley, b) Perseguir un fin legítimo, c) Juicio Justo y, d) Razonabilidad y proporcionalidad. Véase: James v. United Kingdom App. No. 8792/79 (ECHR 21 February 1986), Arcuri and three others v. Italy, App. No. 52024/99 (ECHR 5 July 2001), Welch v. UK, App. No. 17440/90 (ECHR 9 February 1995); Phillips v. UK, App. No. 41087/98 (ECHR 5 July 2001).

⁷ La jurisprudencia de la Corte Suprema Americana ha sostenido que el decomiso tiene distintos fines legítimos: a) fines punitivos (Kaley v. United States, U.S. 134S.Ct. 1090 (2014); Calero Toledo v. Pearson Yatch leasing Co., 416 U. S. 663 (1974), b) como medida que busca afectar las ganancias del crimen (United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 291(1996), c) fines disuasorios y preventivos (Hofe v. United States, 492 F.3d 175, 184(2d Cir. 2007), d) Reducir la capacidad económica de las organizaciones criminales (Caplin & Drysdale v. United States, 491 U.S. 617, 630 (1989) y d) Restitución y reparación a las víctimas (United States v. Blackman, 746 F.3d 137, 143 (4th Cir. 2014).

El Tribunal Supremo de Casación Italiano, en la sentencia del 21 de julio de 2015, N° 31617 ha sostenido: "[...] las connotaciones proteicas que pueden caracterizar la institución del decomiso, que puede ser ordenado por diversas razones y ser dirigido a satisfacer diversos fines, hasta el punto de asumir de vez en cuando la naturaleza y la función de pena, o de medida de seguridad, o incluso de medida administrativa, el análisis no puede realizarse según un arquetipo válido en términos absolutos, sino que debe concentrarse en la hipótesis particular del decomiso, tal como está regulado positivamente por la ley".

⁸ Recuérdese que muchas de las sentencias de los más altos tribunales que se han pronunciado sobre la legitimidad del decomiso sin condena han tomado como argumento político-criminal la lucha contra la criminalidad organizada.

⁹ En la nota interpretativa 11 de la cuarta recomendación del GAFI (2023) se sostiene que los países deben contar con medidas, incluidas medidas legislativas, para permitir el decomiso sin condena en casos de lavado de dinero, delitos precedentes de lavado o financiamiento del terrorismo; precisando a pie de página que los países pueden limitar su aplicación a crímenes graves; lo que implica su no extensión a actividades ilícitas administrativas, tal y como predicen de forma casi unánime la jurisprudencia nacional y de forma mayoritaria nuestra doctrina; posición en solitario en relación a lo que se predica en casi la totalidad de los países latinoamericanos que regulan el decomiso sin condena.

1. ¿Existe base legal para la extinción de bienes equivalentes en el proceso de extinción de dominio?

Si bien el artículo 33 de la Ley prevé que la sentencia debe contener la declaración motivada sobre la extinción de dominio de bienes equivalentes; sin embargo, no prevé los presupuestos que deben confluír para pretender la extinción de bienes lícitos equivalentes, ni siquiera define si la equivalencia está referida a los bienes de origen o destinación ilícita. Tampoco prevé respecto a qué bienes lícitos sustitutos puede recaer esta acción (bienes de la titularidad del requerido o de terceros¹⁰), no precisa si la equivalencia comprende los beneficios brutos o netos obtenidos como producto de la actividad delictiva, o el orden de prelación en el caso que al momento de la sentencia que ordena extinción concurren acreedores¹¹, por ejemplo, acreedores laborales, alimenticios, tributarios, hipotecarios¹², o cuando los bienes sean materia de una medida cautelar para garantizar la pretensión resarcitoria que deriva de los mismos hechos; en el ámbito procesal, no se regula el momento o forma de ejercicio de la pretensión de extinción de bienes equivalentes.

A diferencia de la Ley de Extinción de Dominio, en el ámbito penal, el artículo 102 del Código Penal prevé que "si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero 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". Con lo que el decomiso de bienes equivalentes requiere: a) la existencia de efectos o ganancias del delito (activos de origen ilícito), lo que debe acreditarse, b) la imposibilidad de su decomiso¹³, entiéndase una imposibilidad absoluta, no cualquier supuesto de obstrucción del requerido, o los supuestos en los que el Fiscal no encuentra los activos producto del delito, por ausencia o defectuosa estrategia de indagación¹⁴ y c) la existencia de un bien lícito equivalente de propiedad de quien debía soportar la consecuencia jurídica de decomiso o un eventual tercero.

¹⁰ Por ejemplo, los bienes de la sociedad conyugal. Lo previsto en los artículos 307 y 309 del Código Civil podrían coadyuvar a dar respuesta a esta temática.

Respecto a los terceros, la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia C-327/20, ha sostenido que la acción de extinción de bienes equivalentes no puede dirigirse respecto a terceros que han adquirido los bienes, pues en un escenario como este, en el tráfico jurídico las personas estarían obligadas no sólo a realizar los estudios de títulos de los bienes, sino también a efectuar meticulosas investigaciones. De otro lado, lo que no resulta explicable en dicha sentencia es por qué el mismo tribunal tiene un razonamiento distinto respecto a los gravámenes de los bienes lícitos a favor de terceros, sosteniendo que se mantiene la facultad persecutoria del Estado, dejando a salvo la protección solo cuando sean terceros de buena fe exenta de culpa; sin precisar qué distingue un caso (transferencias a terceros) respecto al otro (gravamen del bien a favor de terceros).

¹¹ En la Sentencia del 02.05.2023, expedida por el Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede Lima. Exp. 007-2020, caso en el que pesaba un embargo, trabado por la administración tributaria, sobre el bien lícito cuya extinción se pretendía como equivalente, se ha sustentado la prevalencia de la extinción de dominio, por encima de la obligación de pago de la deuda tributaria. En la sentencia de vista del 18/04/2024 (Exp. 041-2022), emitida por la Sala de Apelaciones Transitoria de Extinción de Dominio de Lima, se sienta posición sobre la supuesta prevalencia de la sentencia de extinción de dominio frente a una garantía hipotecaria. Al respecto, debe recordarse que en el ordenamiento jurídico debe primar una normatividad sistémica y coherencia normativa; por lo que, identificado un crédito que legalmente es prevalente, no debería proceder la extinción equivalente contra el mismo bien.

¹² El artículo 24° de la Constitución prevé que el pago de las remuneraciones y los beneficios sociales tiene prioridad respecto a cualquier otra obligación del empleador.

La Ley Concursal, en su artículo 42 prevé el siguiente orden de preferencia en el pago de créditos: "1. Remuneraciones y beneficios sociales, aportes de pensiones, 2. Créditos alimentarios, 3. Créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria y otros, 4. Créditos de origen tributario, incluidos los de ESSALUD, 5. Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes".

También podría aplicarse lo previsto en el artículo 1135 del Código Civil.

¹³ Esta imposibilidad puede darse porque: a) los bienes han sido transferidos a un tercero de buena fe y a título oneroso, b) los bienes han sido ocultados o c) han sido destruidos o consumidos.

¹⁴ Muchas veces se hace referencia, a los supuestos en que el requerido vende los bienes inmuebles adquiridos con dinero ilícito a un tercero de buena fe, sosteniéndose que esto habilitaría a afectar otro bien de origen lícito de valor equivalente; sin embargo, lo correcto sería perseguir el dinero percibido como contraprestación de dicho acto jurídico, dada su condición de ganancia delictiva. Esto es, no puede propiciarse un recurso fácil a los bienes de origen lícito, sin agotar escrupulosamente los actos de indagación patrimonial.

Resulta lógico que el Decreto Legislativo 1373 no haya regulado la extinción de bienes equivalentes como una de las causales de extinción de dominio¹⁵ en el artículo 7 de la Ley, por cuanto esta se dirige a bienes distintos a aquellos que son producto de la actividad criminal o a aquellos empleados en su comisión¹⁶; sin embargo, la extinción de bienes equivalentes debería estar regulada en un artículo independiente. La previsión del art. 33 de la Ley no resulta suficiente, pues implica dejar al arbitrio judicial de cada operador de justicia cada uno de los aspectos sustantivos y adjetivos no regulados, trastocándose el principio de legalidad. En suma, el artículo en mención solo contiene la consecuencia jurídica (declaración motivada sobre la extinción de dominio de bienes equivalentes), pero no se regula el supuesto de hecho que habilita dicha consecuencia (existencia de bienes de origen ilícito que no pueden ser extinguidos).

En contra de lo antes citado, en el ámbito jurisprudencial nacional, en uno de los casos en que se ha emitido una sentencia declarando fundada la pretensión de extinción por valor equivalente (Exp. 007-2020), en la sentencia en primera instancia, el Juzgado emplea como base legal el art. 33.1 de la Ley, y asume -sin brindar justificación alguna- que lo previsto en dicha norma regula no solo la consecuencia sino también el supuesto fáctico, o sea la definición de bienes por valor equivalente y los presupuestos que se requiere para su configuración. Por su parte, la sentencia de vista de ese caso se limita a sostener que la Ley permite la extinción de bienes que tengan un valor equivalente, haciendo solo referencia a la base legal empleada en la demanda (art. 33.1).

Algunos autores han sostenido que para llenar este vacío legal se podría recurrir al Código Penal (Arroyo, 2023, 108); sin embargo, esta no parece ser la opción correcta, en virtud a los principios de autonomía y especialidad contenidos en la Ley de Extinción de Dominio, así como el principio de prevalencia regulado en su reglamento. De otro lado, si bien la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley regula la aplicación supletoria de cualquier norma; sin embargo, precisa que esto debe hacerse de acuerdo a la naturaleza y fines de la extinción de dominio. En nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, de forma recurrente los intérpretes de dicha ley sostienen la distinta naturaleza jurídica y finalidad entre el decomiso penal y la extinción de dominio¹⁷; por lo tanto, mal podría hacerse de recurrir, para llenar un vacío legal, a una norma de la que se predica su expresa distinción.

También se ha aludido a la posibilidad de recurrir a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley, que prevé que el proceso de extinción de dominio se sujeta supletoriamente a los principios recogidos en el Código Procesal Penal, Código Procesal Civil y demás normas procesales pertinentes (Arroyo, 2022, 55); sin embargo, en ninguna de estas normas procesales está regulado el decomiso por valor equivalente, sino en el Código Penal.

Otros autores sugieren la posibilidad de recurrir a las normas internacionales; sin embargo, no toman en cuenta que si bien la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (1988)¹⁸, la Convención de Palermo contra la Delincuencia

¹⁵ Algunas de las legislaciones latinoamericanas que regulan la extinción de dominio sí han previsto la extinción de bienes equivalentes como una causal, así: El Código de Extinción de Dominio de Colombia (Ley 1708), en su art. 16; El Salvador, en el Decreto Legislativo N° 354 (art. 6). De otro lado, legislaciones como la de Honduras (Decreto N° 27-2010, art. 12) y Guatemala (Decreto N° 55-10, art. 35), si bien no regulan como causal la extinción por valor equivalente; sin embargo, lo regulan en un artículo independiente.

¹⁶ En esta línea, el art. I, del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1373, prevé que dicha norma se aplica sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación con o que se derivan de determinadas actividades delictivas.

¹⁷ Sentencia del 02.05.2023, expedida por el Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede Lima. Exp. 007-2020. Se ha sostenido: "Para tal efecto, a pesar de su origen afín al comiso penal, debemos reconocer que, como acción, la extinción de dominio se desvincula del ámbito penal, pues la consecuencia jurídica ya no se sustenta en la ilicitud del delito penal, sino en actividades ilícitas, por lo que la privación por parte del Estado de los bienes, no son la consecuencia penal sino civil, resultando innecesario el debate sobre la responsabilidad penal". En tal sentido, se trata de una acción autónoma de carácter patrimonial y se dirige contra los bienes ("in rem") y no contra las personas ("in personam"), esto es, recae sobre un bien o un patrimonio específico, ya sea porque se cuestiona su origen o destinación ilícita, independientemente de la situación jurídica o condición del titular de los derechos reales".

¹⁸ En su artículo 5.1.a) se insta a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto derivado de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto.

Organizada Transnacional (2000)¹⁹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)²⁰ señalan que los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto derivado de los delitos tipificados en cada una de las convenciones o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto, en la medida que lo permita su ordenamiento jurídico interno (como precisa la Convención de Palermo); sin embargo, la regulación internacional sobre bienes por valor equivalente está vinculada al decomiso penal, no al decomiso sin condena o extinción de dominio; asimismo, solo se hace referencia expresa a los bienes equivalentes al producto del delito no a los instrumentos del mismo. En tal sentido, dicho mandato impuesto por las Convenciones internacionales se ha cumplido con la regulación del decomiso por valor equivalente prevista en el artículo 102 del Código Penal.

Si bien reconocemos que en otros ordenamientos jurídicos, que incluso contienen consecuencias jurídicas más graves, como el ordenamiento penal, existen tipos penales en blanco; sin embargo, se requiere que la norma contenga el núcleo esencial de la prohibición y que el reenvío normativo sea expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido; es decir, la norma de remisión es solo para completar el supuesto de hecho; sin embargo, en el caso de extinción de bienes equivalentes, no se da ninguna de estas condiciones.

Siendo así, a fin de evitar cuestionamientos y posteriores procesos constitucionales y responsabilidades civiles, sería necesario de "lege ferenda" su regulación normativa; aunque, como veremos más adelante, esta regulación debe tomar en consideración su naturaleza jurídica, a fin de prever las garantías que le resultan aplicables.

2. Naturaleza jurídica de la extinción por valor equivalente

El artículo 1 de la Ley prevé que la finalidad de la norma de extinción de dominio 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 este los bienes que provenga de actividades ilícitas o estén destinados a estas. Como ha reconocido la jurisprudencia nacional, su objeto es impedir que se legalice el patrimonio ilícitamente obtenido²¹; esto es, evitar la consolidación del "patrimonio criminal"; con lo que su naturaleza sería preventiva o reparadora.

Respecto a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, el destacado profesor Gilmar Santander (2018, 207-212), refiriéndose a los supuestos de instrumentos o los casos de terceros adquirentes que no son calificados dentro de la buena fe exenta de culpa, en la legislación colombiana, ha reconocido su naturaleza sancionatoria²².

Ahora bien, toca ahora determinar si la extinción de bienes equivalentes tiene la misma naturaleza jurídica que se predica en el ámbito nacional para los demás supuestos (origen o destino ilícito), que permita su desarrollo en un proceso "in rem".

¹⁹ En su artículo 12.1 prevé que los Estados parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del producto de los delitos comprendidos en la citada convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto.

²⁰ El literal a) del artículo 31 prevé que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso del producto de delitos tipificados en la citada convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto.

²¹ Sentencia del 02.05.2023, expedida por el Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede Lima. Exp. 007-2020.

²² En tal sentido, señala: "Desconocer el carácter sancionatorio de la extinción de dominio sería desconocer una gran parte de su naturaleza, pues como se mencionó anteriormente, en la actualidad, la mitad de las causales responden a un típico instituto de derecho sancionatorio constitucional".

Sobre su naturaleza jurídica se ha sostenido que son causales híbridas que guardan características reales y personales, pero dada su naturaleza jurídica, se pueden considerar prevalentemente reales (Santander, 2018, 454). También se ha señalado que es una figura "sui generis" que para su reconocimiento demanda la verificación de presupuestos "in rem" como "in personam" (Aguirre, 2023, 331-332).

De otro lado, también se ha afirmado que los bienes lícitos afectados cumplen una función de garantía para el cumplimiento de obligaciones. Con argumentos similares, se sostiene que la orden de decomiso puede convertirse en una orden de crédito dirigida contra el autor de la infracción penal, que se ve satisfecha con la afectación de sus bienes lícitos (Gascón citado por Santander, 2018, 456)²³.

Las obligaciones constituyen una relación jurídica en virtud a la cual un sujeto, denominado deudor, queda vinculado jurídicamente respecto de otro sujeto, denominado acreedor, a realizar una determinada conducta. La obligación, desde el punto de vista jurídico, es una relación compleja que no se agota en el derecho personal o de crédito que corresponde al acreedor, ni mucho menos en el deber jurídico que tiene el deudor; sino que constituye una correlación de derechos y obligaciones recíprocos que tiene cada uno de los sujetos de la relación en virtud de la situación jurídica que ocupan en la misma. Esta relación es reconocida por el derecho que le otorga su validez o juricidad (Robles Farías, 505). En la extinción de dominio de bienes de origen ilícito no existe una relación jurídica obligatoria entre dos sujetos, sino que como se afirma de forma unánime en la doctrina, lo que se persigue es el bien, por no poder reconocerse ninguna titularidad a quien lo

detenta como supuesto propietario (en el caso de bienes de origen ilícito); peor aún, debemos recordar que las obligaciones son susceptibles de transmisión, novación, compensación e incluso, transacción y condonación; sin embargo, nada de ello es admisible en la extinción de dominio; por ello, no resultaría correcta esta postura²⁴.

Tampoco parecería admisible sostener su carácter mixto, pero que es un poco más "in rem"; pues, si se reconoce (en cualquier escala) su carácter sancionatorio, esto es lo que debe primar.

De otro lado, la mayoría de autores nacionales, como Arroyo (2022) y Rosas (2021) hacen referencia a su legitimidad en función a los convenios internacionales o a su finalidad como medida de lucha contra la criminalidad económica y la aplicación de la política criminal contemporánea de que "el crimen no paga", sin hacer referencia a su naturaleza jurídica.

Otros autores sostienen que el decomiso por valor equivalente tiene un aspecto sancionador²⁵ o punitivo, que importa la imposición al responsable de un sacrificio patrimonial de valor correspondiente que se caracteriza por su naturaleza aflictiva y por una relación consecuencial con la comisión del delito propio de la sanción penal²⁶.

En la legislación latinoamericana, tal como hemos desarrollado anteriormente, Colombia, El Salvador, Honduras y Nicaragua lo regulan en sus correspondientes legislaciones sobre decomiso sin condena; las dos primeras como causales, y las últimas como una institución independiente. De otro lado, Argentina²⁷, Ecuador²⁸ y República Dominicana²⁹ no regulan la posibilidad de afectar bienes por valor equivalente. En el caso de México, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia

²³ En esta línea, señala: "La figura del decomiso de valor abre las puertas, de hecho, a que la orden de decomiso acabe convirtiéndose en la reclamación de un crédito dinerario dirigido contra el autor de la infracción penal que, de no ser satisfecho, puede conducir al decomiso-embargo de bienes del delincuente".

²⁴ No podría sostenerse que existe una obligación de dar (cuando existe una sentencia que dispone la extinción de determinados bienes), pero que no resultan aplicables las demás disposiciones del libro de obligaciones contenidas en el Código Civil; pues, sería un contrasentido aplicar solo una parte de una norma para justificar una institución jurídica y descartar todo lo demás que contradice los postulados asumidos.

²⁵ Véase Blanco, 2023, 303; Jorge, 2008, 101.

²⁶ Corte di Cassazione Italiana, Sección I, 26 de junio de 2015, N° 31617.

²⁷ Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio, Decreto 62/2019.

²⁸ Ley Orgánica de Extinción de Dominio de fecha 14.05.2021, reformada por la Ley Orgánica para el ahorro y monetización de recursos económicos para el financiamiento de la lucha contra la corrupción, publicada el 09.02.2024.

²⁹ Ley N° 340-22 que regula el Proceso de extinción de dominio de bienes ilícitos.

de la Nación, en la Sentencia de la Acción de Inconstitucionalidad 100/2019 declaró inconstitucional la extinción de bienes equivalentes.

En el ámbito europeo su regulación está en el ámbito penal; así, conforme a la Directiva 2014/42-UE, el decomiso por valor equivalente requiere la previa condena³⁰; en la misma línea, la legislación española³¹ y suiza³².

Por nuestra parte, consideramos que si bien el decomiso por valor equivalente o sustituto tiene como finalidad lograr que los beneficios que el infractor ha obtenido como consecuencia de la actividad delictiva se vean afectados mediante una medida que afecta su patrimonio lícito, al privarlo de un bien con valor equivalente; la naturaleza de la medida adoptada no es solo compensatoria³³, sino también sancionatoria. Su naturaleza afflictiva se deriva de que la medida recae sobre un derecho del infractor, esto es, su propiedad sobre bienes de origen lícito (aquellos que no tienen vinculación alguna con la actividad criminal generadora de los bienes sustituidos³⁴) y su capacidad de disposición económica.

Además, el fundamento por el cual estos bienes son afectados se basa en un componente subjetivo y conductual, pues estos bienes lícitos son afectados, dado que el infractor ha dispuesto de ellos o ha realizado cualquier conducta que impida su afectación³⁵; ahora bien, en los supuestos en los cuales los bienes desaparezcan por causas naturales (un desastre natural, por ejemplo), debemos recordar que en la legislación nacional, el art. 102 del Código Penal, al precisar las circunstancias en que se materializa la imposibilidad de decomiso, hace referencia a hechos en los que ha tenido participación directa el sujeto sobre el que recae la medida, pues los bienes han sido ocultados, destruidos, consumidos o transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso; si bien se prevé una fórmula abierta, sin embargo se limita a "razones análogas" a las anteriores, con lo que pareciera que no se admiten casos en los cuales la imposibilidad se debe a causas naturales. De otro lado, si se quisiera incluir estos supuestos, de igual forma el decomiso por valor está dirigido contra los bienes lícitos como medida afflictiva, pues se le sanciona ante la imposibilidad de afectar los bienes de origen ilícito y con ello se busca compensar el desequilibrio económico generado.

³⁰ Artículo 4. Decomiso 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, ya sea total o parcial, de los instrumentos y del producto del delito, o de bienes cuyo valor corresponda a dichos instrumentos o producto, previa resolución penal firme condenatoria que podrá ser también resultado de un procedimiento tramitado en ausencia del acusado [...].
El actual proyecto de Directiva (2022) también requiere una previa sentencia condenatoria firme.

³¹ Art. 127, regula el decomiso penal de medios, instrumentos y efectos, así como el decomiso de bienes equivalentes. De otro lado, el art. 127 septies prevé: "Si la ejecución del decomiso no hubiera podido llevarse a cabo, en todo o en parte, a causa de la naturaleza o situación de los bienes, efectos o ganancias de que se trate, o por cualquier otra circunstancia, el juez o tribunal podrá, mediante auto, acordar el decomiso de otros bienes, incluso de origen lícito, que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho por un valor equivalente al de la parte no ejecutada del decomiso inicialmente acordado [...]."

³² Artículo 71 de su Código Penal.

³³ Como sosteníamos en nuestros primeros trabajos.

³⁴ Tratándose bienes fungibles, como el dinero, un sector de la jurisprudencia comparada ha sostenido que no se trata de un decomiso por valor sino de un decomiso directo. Corte di Cassazione, Sección I, 26.06-2015, N° 31617.

³⁵ Sobre la constitucionalidad y legitimidad de la extinción de dominio de bienes equivalentes, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas sentencias, emitidas a lo largo de la vigencia de las diversas normas de extinción de dominio; sin embargo, en su justificación no han podido dejar de señalar que su fundamento está en relación a la conducta del sujeto, pues se resalta que constituye una respuesta legítima al fenómeno criminal contemporáneo en el que normalmente se busca la desaparición, el ocultamiento y la transferencia de los bienes ilícitos, para luego consolidar con sus ganancias un patrimonio de aparente legalidad (Sentencia C-374 de 1997). Esta línea de argumentación fue ratificada en las sentencias C-409 y C-539 de 1997 que ordenaron estarse a lo resuelto en el fallo anterior. En la sentencia C-1007 de 2002, la Corte Constitucional señaló que, dada la práctica reiterada de los delincuentes de deshacerse de los bienes lícitos para darle una apariencia de legalidad a su patrimonio, resultaba indispensable extender el espectro de las potestades estatales. En la sentencia C-740 de 2003 se ha pronunciado señalando que la facultad estatal es constitucionalmente legítima, en tanto con ella se pretende dar apariencia de legalidad a un patrimonio construido con base en actividades criminales, mediante la transferencia o el intercambio comercial con terceros.

Negando la naturaleza sancionatoria de esta forma de decomiso, cierto sector de la jurisprudencia nacional y comparada hacen referencia a la contaminación de todo el patrimonio³⁶, señalándose que el patrimonio del infractor ha sido incrementado con los activos ilícitos, o en todo caso, a causa de estos, dicho patrimonio no ha decrecido; o, como lo hace la Corte Constitucional Colombiana, sobre la consideración de la naturaleza patrimonial de la acción de extinción de dominio, alegan la viabilidad de perseguir bienes lícitos, por haber integrado un patrimonio que en un momento se vio acrecentado como producto de actividades ilícitas³⁷; sin embargo esta posición no resuelve el problema, pues no atiende a los casos en los que el sujeto no ha sido capaz de incorporar el activo a su patrimonio. Por ejemplo, el supuesto de que antes de vender el lujoso bien, sufre el robo del mismo (International Centre for Asset Recovery, 2023, 19); o los casos en los que el bien lícito se incorpora al patrimonio del sujeto después de que los bienes de origen ilícito han desaparecido (por ejemplo, al haber recibido una herencia después de haber consumido el producto de su actividad criminal), en cuyo supuesto los fundamentos que se asignan para la extinción por valor equivalente no se aplicarían; peor aún, este argumento tampoco justificaría los supuestos de extinción de bienes equivalentes a los destinados ilícita (como lo hacen expresamente otras legislaciones), pues los instrumentos, en su mayoría, son bienes lícitos, de forma tal que no existe el alegado patrimonio contaminado o incrementado por la presencia de bienes ilícitos que justifique la extinción de bienes

lícitos; siendo así, pareciera que lo que se busca es forzar argumentos para sustentar a toda costa la naturaleza reparadora de la extinción de dominio en todos los supuestos, a pesar de reconocer expresamente el carácter "in personam" y su naturaleza sancionatoria en varios de ellos, como en el caso de los instrumentos o los bienes sustitutos.

De otro lado, se ha sustentado que se trata de una ficción jurídica, en la que a los bienes lícitos se les equipara en sus efectos jurídicos como ilícitos (Santander, 2018, 455); sin embargo, no es que los bienes lícitos sean equiparados a los ilícitos, sino que son afectados como mecanismo retaliador ante la imposibilidad de afectar los ilícitos.

En suma, la naturaleza sancionatoria de la extinción de bienes equivalentes parece ser evidente y no puede ser contestada con los argumentos antes expresados. Ahora bien, asumir esta posición trae algunas consecuencias, entre ellas, reconocer que no podría aplicarse en un proceso "in rem" que niega cualquier naturaleza sancionadora para todas sus modalidades; salvo que se sincere la norma y su interpretación y se le reconozca otra naturaleza distinta a la meramente reparadora. De otro lado, si bien como hemos reconocido resulta justificada la aplicación de la extinción de bienes equivalentes a los productos, esto implicará reconocer garantías distintas a la extinción de bienes de origen ilícito, entre ellos, lo referido a la proporcionalidad, el estándar probatorio, entre otros.

³⁶ "Y es que, estando a que la extinción del dominio opera en virtud del provecho ilícito que se materializa en un determinado patrimonio, es factible que la facultad persecutoria no se ciña exclusivamente a los bienes ilícitos (esto es, de aquellos que son producto directo o indirecto de una actividad contraria al ordenamiento jurídico), sino que pueda extenderse a otros que pese a tener origen lícito, hacen parte del patrimonio que se ha visto incrementado por las actividades ilícitas; pues, dada la práctica reiterada de los delincuentes de deshacerse de los bienes ilícitos para darle una apariencia de legalidad a su patrimonio, resulta indispensable extender el espectro de las potestades estatales.

Así, debido a la connotación patrimonial de la acción extintiva, es viable la persecución de los bienes de origen lícito, esto es, de bienes que en su origen carecen de vinculación alguna, ni directa ni indirecta, con actividades ilícitas, pero que se integran a un patrimonio que un momento se vio acrecentado como producto de actividades ilícitas". Sentencia del 02.05.2023, expedida por el Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio con sede Lima. Exp. 007-2020.

³⁷ Sentencia C-327/20

3. ¿Es posible la extinción de bienes equivalentes a los instrumentos de actividades ilícitas?

Aun cuando la Ley Modelo de Extinción de Dominio (2011), en su artículo 6 que prevé los presupuestos de extinción de dominio, señala que esta procederá respecto a, entre otros, bienes que sean producto de actividades ilícitas, bienes que sean instrumentos de actividades y bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material; lo que implica la habilitación explícita de la extinción de bienes sustitutos a los instrumentos; consideramos que en nuestro país no existe ninguna habilitación legal para tal posición³⁸; pues como hemos señalado, la Ley no tiene una regulación expresa, mientras que el decomiso de bienes equivalentes regulado en el Código Penal, solo está referido a los efectos y ganancias del delito.

Aún más, como hemos resaltado en el acápite anterior, en los convenios internacionales, al instar a los estados a regular el decomiso de bienes equivalentes solo se hace referencia a los productos.

De otro lado, considerando que incluso el bien sustituido (instrumento) es, generalmente, de origen lícito, cualquier acción que se dirija contra otros bienes de propiedad del requerido (bien sustituto) es una medida que podría ser considerada excesiva, pues ni siquiera está en el marco de la finalidad y fundamento político-criminal del decomiso por valor equivalente de evitar la consolidación de los denominados "patrimonios criminales", esto es, lograr que el crimen no pague; además, como reconoce la doctrina, si es que reconocemos que en el caso de los bienes de destinación ilícita existe una peligrosidad potencial del bien, ya sea por su naturaleza o por el riesgo que representa estar en manos de quien está comprometido con una actividad ilícita, no tiene sentido buscar un bien distinto, que no va a neutralizar el riesgo que se pretende contrarrestar (Santander , 2018, 464). Con lo cual, no es posible extinguir bienes equivalentes a los instrumentos de actividades ilícitas.

³⁸ En esta línea, el profesor Gálvez (2019, 218) sostiene, refiriéndose al artículo 102 del Código Penal, que: "debe quedar claro que esta norma solo considera el decomiso por valor equivalente de efectos y ganancias del delito, mas no así al valor de los instrumentos o de los objetos del delito, así como tampoco de bienes lícitos mezclados con los delictivos, etc., pues la norma es expresa y clara al respecto, y la Ley de Extinción de Dominio no ha estipulado en qué casos procederá este tipo de extinción de dominio".

Conclusiones

Existen diversos tipos de decomiso con o sin condena, que responden a distinto fundamento y que tienen una distinta naturaleza jurídica; por ello, no puede tratar de encasillarse en una sola definición a todos estos. El fundamento político-criminal de persecución de los productos delictivos para que el "crimen no pague" no puede ser utilizado indiscriminadamente para justificar todas las formas de decomiso, sin atender a su real naturaleza jurídica.

El decomiso con o sin condena es una consecuencia jurídica legítima; sin embargo, su regulación y aplicación tiene como límite material el respeto de los Derechos Humanos. La extinción de bienes equivalentes en el proceso de extinción de dominio no tiene una base legal que lo habilite, puesto que el artículo 33.1 de la Ley solo regula la consecuencia jurídica, pero no se ha regulado el supuesto de hecho que habilita la aplicación de dicha consecuencia; por lo que, de "lege ferenda" se requiere su expresa incorporación en la Ley, previéndose las garantías que deben respetarse en atención a su naturaleza jurídica.

Si bien el fundamento político-criminal del decomiso de bienes equivalentes es el de evitar que el crimen produzca provechos económicos; al recaer sobre bienes lícitos, y basarse en aspectos comportamentales y subjetivos, su naturaleza es sancionatoria. Esto no sería compatible con un proceso que se predica "in rem" y que niega cualquier naturaleza aflictiva.

El decomiso de bienes equivalentes a los de destinación ilícita no tiene amparo legal en nuestro ordenamiento jurídico; además, su imposición podría significar una medida confiscatoria.

Bibliografía

Aguirre Naupari, L. (2023)

Análisis de la ley de extinción de dominio. Grijley.

Arroyo Decena, J. (2022)

El patrimonio como interés en la Extinción de Dominio.
En AA.VV. La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio. Grijley.

Arroyo Decena, J. (2023)

Presupuestos en el proceso de extinción de Dominio.
En AA.VV. Sobre la prueba y otros aspectos en extinción de dominio. Grijley.

Blanco Cordero, I. (2023)

Hacia un modelo común de decomiso sin condena en la Unión Europea.
En Luchtman, M.; de Jong, F.; Kristen, F.; Ligeti, K.; Lindeman, J.; Tosza, S.; Widdershoven, R. & Zaitch, D. (editores),
Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization - Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele, Eleven.

Centro de Gestión del Conocimiento (2023)

La proporcionalidad en el decomiso. Análisis de la Extinción de Dominio en el Perú.
International Centre for Asset Recovery, Basel Institute on Governance.
https://www.ccera-icar.org/wp-content/uploads/2023/11/Proporcionalidad_CGC-09.11.pdf

Galvez Villegas, T. & Delgado Tovar, W. (2009)

La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal. Juristas editores.

Gálvez Villegas, T. & Delgado Tovar, W. (2013)

La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano. Jurista Editores.

Galvez Villegas, T. (2019)

Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos Jurídicos Fraudulentos y Reparación Civil: A propósito del caso Odebrecht. Ideas.

Jorge, G. (2008)

El decomiso del producto del delito.
En Jorge, G. (editor), Recuperación de activos de la corrupción. Editores del Puerto.

Merlino, M. (2021)

Decomiso de activos ilícitos: las experiencias francesa e italiana. En Hurtado, J. (editor), Extinción de Dominio y lucha contra la criminalidad organizada y económica. Editorial Pacífico.

Robles Farías, D. (2001)

La relación jurídica obligatoria. Jurídica, 31.
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11457/10497>

Rosas Castañeda, J. (2021)

Decomiso y Extinción de Dominio: La nueva política criminal de recuperación de activos de origen ilícito. Gaceta Jurídica.

Santander Abril, G. (2018)

Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causas extintivas.
[Tesis de Maestría en Derecho Penal, Universidad de Santo Tomás].
<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/13246>



Los instrumentos en la actividad ilícita de contrabando. Un caso derivado del proceso penal al de extinción de dominio

Sergio Jiménez Niño

Sumario

Introducción.

1. El caso.

- 1.1. Hechos.
- 1.2. Pronunciamientos Judiciales (proceso penal).
- 1.3. Decisiones administrativas - aduaneras.

2. Temas relevantes presentes en el caso planteado.

- 2.1. Instrumentalización y relevancia económica del activo.
- 2.2. Instrumentalización e identificación del activo.
- 2.3. Instrumentalización e identificación del requerido.
- 2.4. La extinción de los instrumentos y el artículo 102 del Código Penal.
- 2.5. Decisión sobre el instrumento en el caso en concreto y la autonomía del proceso de extinción de dominio.

Conclusiones.

Bibliografía.



Introducción

El decreto legislativo N° 1373 (en adelante, la ley) y su reglamento contenido en el decreto supremo N° 07-2019-JUS (en adelante, el reglamento) establecen los principios y reglas que estructuran el proceso de extinción de dominio en el Perú.

En ambas normas, queda bastante claro que es un instituto que cuenta con autonomía sustantiva y procesal en relación con otros procesos como el penal (García Caveró, 2024, 191). Esto, aunque parezca lógico (por ejemplo ¿quién podría pensar que existe dependencia del proceso laboral con el derecho penal?), desde nuestro punto de vista es una precisión importante por dos motivos: i) su antecedente normativo inmediato establecía una aplicación subsidiaria ante la imposibilidad de la persecución del activo en el proceso penal y ii) sus características externas similares al decomiso penal (los activos sobre los que recae, la incidencia de sucesos tipificados como delitos como presupuesto para su aplicación, el uso de elementos del proceso penal, etc.).

La autonomía antes reseñada, ha invitado a algunos operadores a considerarlo un nuevo derecho (Luján Túpez, 2023, 24), idea con la que no tenemos problema en alinearnos, siempre y cuando no se pierdan de vista tres cosas: a) el ordenamiento jurídico es uno solo, en ese sentido, la extinción de dominio debe buscar armonizar sus contenidos a ese único orden; a consecuencia de esto; b) los principios y reglas que dotan de contenido a la extinción de dominio deben ser sometidos a un estricto control de coherencia a ese ordenamiento iluminado por la Constitución; y c) la doctrina y el desarrollo de las instituciones tiene contenidos transversales como la teoría general del proceso, que no deben ser descartados; sino, por el contrario, corresponde considerarlos como lo hacen todos los derechos autónomos¹.

Ahora bien, el tema de la extinción de los instrumentos, sin duda, es uno de los más interesantes, ya sea por su incidencia en los procesos judiciales en el subsistema, o por su distinta justificación, en tanto esta se encuentra lejos del mensaje "el delito no debe pagar", ya que, por regla general, los instrumentos suelen ser de origen lícito y la legitimidad de su extinción debe transitar por otros senderos (Santander Abril, 2021, 238).

En el presente documento -en la línea de la presente publicación- abordaremos puntos como la necesidad de la extinción de instrumentos en algunos grupos de casos, además de puntos de confluencia con el proceso penal, esto de la mano de un proceso penal en el sur del país, donde se generó un particular escenario de difícil solución.

¹ Abordan la cosa juzgada como un ejemplo del límite a la autonomía del proceso de Extinción de Dominio. García Caveró (2024, 193), Jiménez Niño (2023, 69; 2019, 271). Precizando excepciones, Sánchez Mercado (2022, 61 y ss.).

1. El caso

1.1. Hechos

El 07 de abril de 2015, a las 20 horas aproximadamente, personal de Aduanas intervino el vehículo de placa de rodaje ZOL-965, de propiedad de Pedro Alfonso Teves Cruz, por transportar mercancías (prendas de vestir) sin documentos que sustenten su origen legal.

La mercancía y el medio de transporte, en virtud de la ley N° 28008, fueron entregados en custodia a la autoridad aduanera. Esta última valoró la mercancía en S/29 416.84².

1.2. Pronunciamientos judiciales (proceso penal)

El 10 de febrero de 2023, mediante resolución N° 50, el juzgado penal absolvió a Pedro Alfonso Teves Cruz por el delito de contrabando, al no haber acreditado que conducía el vehículo y, sobre la pretensión de decomiso del vehículo, decidió declarar infundada la pretensión. Además, ordenó la devolución de este.

El 28 de setiembre de 2023, mediante resolución N° 58-2023, la Sala Penal de Apelaciones de San Román-Juliaca, resolviendo los recursos de apelación decidió -sobre el tema del decomiso del instrumento- lo siguiente:

[...]
CUARTO.- *REVOCAR, la sentencia penal nro. 27-2023 contenida en la resolución 50 de fecha 10 de febrero de 2023, en el extremo tercero de la parte resolutive que ordena la devolución del vehículo de placa de rodaje ZOL-965, REFORMÁNDOLA se DISPONE se envíen copias certificadas a la Fiscalía de Extinción de dominio para que se inicie investigaciones respecto del vehículo de placa*

de rodaje ZOL-965 y la eventual instauración del proceso correspondiente, en tanto, MANTENGASE la medida cautelar de incautación del referido vehículo.

1.3. Decisiones administrativas - aduaneras

El 18 de febrero de 2019, la Aduana -durante la vigencia del proceso penal por contrabando- decidió adjudicar a la Municipalidad Distrital de Pucyura el vehículo de placa de rodaje ZOL-965.

La disposición de los instrumentos en el marco de la Ley N° 28008

La ley de delitos aduaneros, en lo que respecta a la disposición de bienes instrumentalizados incautados dentro del proceso penal, establece lo que sería -en nuestra opinión- una regla y una excepción, ambas en el artículo 23 de la Ley 28008.

Artículo 23. Competencia de la Administración Aduanera sobre las mercancías decomisadas

La SUNAT es la encargada de la adjudicación, destrucción, remate o entrega al sector competente de las mercancías e instrumentos provenientes de los delitos tipificados en esta Ley.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia y resuelto el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado el delito, previa notificación de la misma y opinión favorable del sector competente, cuando corresponda, la SUNAT los dispone, a favor de las entidades

² Monto que superaba las 4 UIT al momento de los sucesos.

del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas, cuando corresponda (Regla).

Sin perjuicio de lo indicado, mientras no concluya el proceso judicial, la SUNAT puede disponer, en forma anticipada, de las mercancías e instrumentos comprendidos en los artículos 24 y 25 de la presente Ley, sin que ninguna autoridad pueda impedirlo, bajo responsabilidad. [...] (Excepción).

La norma es bastante descriptiva. La SUNAT puede disponer de los instrumentos una vez que se firme la resolución judicial que decide el decomiso; sin embargo, en algunos supuestos, puede realizarlo anticipadamente. En este último caso, la norma también ha establecido el procedimiento ante el escenario que SUNAT disponga de forma anticipada de un vehículo y el órgano jurisdiccional ordene su devolución.

Artículo 27. Pago del valor de mercancías con orden de devolución

En caso de que se dispusiera la devolución de mercancías que fueron materia de adjudicación o destrucción, la Dirección General de Tesoro Público habilitará los recursos necesarios para el pago por parte de la SUNAT sobre la base del monto de la tasación del avalúo y los intereses devengados, determinándose tres (3) meses calendario como plazo máximo para la devolución, contado a partir del día siguiente de la fecha de notificación de la resolución judicial correspondiente.

Así pues, al haber realizado la adjudicación (transmisión de propiedad) a la entidad correspondiente, la SUNAT no devolverá el vehículo, sino el monto de tasación de este.

2. Temas relevantes presentes en el caso planteado

2.1. Instrumentalización y relevancia económica del activo

La relación entre el valor económico relevante y los instrumentos de las actividades ilícitas es un tema donde no existe consenso; así, para algunos operadores el valor no sería un requisito (Decena Arroyo, 2022, 54) y para otros, siempre debe ser un indicador (Luján Túpez, 2021). Ambas tendencias interpretativas se erigen a partir del contenido del artículo 8.2 del reglamento³.

La Sala de Apelaciones de extinción de Dominio de Lima, en el Exp. 16-2021 con fecha 14 de julio de 2021, estableció el siguiente criterio:

15. En tal sentido, la disposición del legislador reglamentario que en el artículo 8.2 del artículo 8 antes referido exime de los criterios antes mencionados, cuando se trate de bienes

³ Artículo 8.- Bienes de interés económico relevante

8.1. El Fiscal Especializado determina que un bien patrimonial posee un interés económico relevante, conforme a los siguientes criterios:

a) Los bienes tienen un valor igual o superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias;

b) Se trate de dinero en efectivo; o,

c) Cuando a criterio del fiscal su uso o enajenación sea beneficioso al Estado, siempre que los recursos que se inviertan para su consecución no sean mayores que su valor o rentabilidad.

8.2. Tratándose de bienes patrimoniales cuyo uso o destinación tengan un fin ilícito, el Fiscal Especializado evalúa dar inicio de la indagación, sin considerar los criterios antes establecidos.

"cuyo uso o destinación tengan un fin ilícito" representa un aspecto que el Ministerio Público se aprecia cumplió cuando precisa que en caso se devuelva el bien a su titular "hay peligro para el Estado peruano de padecer una nueva actividad delictiva empleándose el mismo bien, [...]"

Solo pocos días después, la Sala de Apelaciones de la Libertad, en el Exp. 38-2021-Lambayeque, con fecha 26 de julio de 2021, indicó lo siguiente:

19. [...] precisamente el artículo 17.1.b de la Ley exige que la demanda 'en todos los casos' incluyendo los supuestos de instrumentalización deben poseer valuación económica del bien en litigio, por lo que existiendo norma expresa sobre ello, la aplicación del artículo 8.2 del Reglamento no resulta compatible por razones de jerarquía (la Ley impera sobre el Reglamento), especialización (las reglas de la etapa judicial rigen el proceso en esa estación) y coherencia normativa (si el legislador ha establecido razones para no llevar al proceso de extinción de dominio cualquier bien usado en cualquier delito - mayor razón si no se ha derogado el comiso con condena del artículo 102 del CP, entonces no se puede por vía indirecta hacer lo que por vía directa sería imposible), luego los bienes susceptibles del proceso de extinción de dominio serán solo aquellos que cumplan con exhibir un interés económico relevante o valuación económica para el Estado Peruano, lo cual es mucho más que acreditar o referir su valor monetario.

La tendencia en ambas salas especializadas, desde nuestra perspectiva, es frontalmente contraria.

En el caso que es objeto de las presentes líneas, el activo tuvo un valor de adquisición primigenio de USD 39 500 (treinta y nueve mil quinientos dólares americanos) en el año 2013; sin embargo, la transferencia anterior a la adjudicación administrativa de SUNAT fue por el monto de S/ 10 000 (diez mil nuevos soles); es decir, un monto bajo; en ese sentido, el fiscal encargado de iniciar la indagación patrimonial debe reflexionar sobre el tema del valor económico relevante.

Una primera idea que nos parece importante que los operadores consideren es que, el artículo 8.1 del reglamento contiene criterios y no mandatos (reglas); en ese sentido, consideramos que es técnicamente incorrecto indicar, por ejemplo, que la extinción de dinero en efectivo no requiere valor mínimo en virtud de la norma. El fiscal puede llegar a esa conclusión valorando racionalmente la pauta normativa en el caso en concreto; pero no podría indicar que el dinero en efectivo no requiere monto mínimo porque la norma expresamente así lo establece. En el caso de los instrumentos, se debe ser mucho más reflexivo, porque el artículo 8.2. menciona que el fiscal evalúa no considerar los criterios del numeral anterior.

Una segunda idea, no menos importante, a partir de una lectura válida del artículo 8.1 de la ley, es que los criterios mencionados son para el inicio de indagación patrimonial; siendo que, en el caso de los instrumentos la referencia es expresa. Justamente esta lectura ha permitido a la Sala de Apelaciones de la Libertad (Exp. 54-2021-Lambayeque, fecha 20 de octubre de 2021) indicar lo siguiente:

24. Lo que no puede hacer el fiscal requirente es exonerarse de tal oferta probatoria, basado en reglas de indagación patrimonial (art. 8 del Reglamento) propias de esa etapa procesal, cuando el juzgamiento posee reglas expresas como el artículo 17.1.b) que exige que la demanda "en todos los casos" incluyendo los supuestos de instrumentalización "deben poseer valuación económica del bien en litigio", por lo que existiendo norma expresa sobre ello, la aplicación supletoria del artículo 8.2 del Reglamento no resulta compatible por razones de jerarquía (la Ley impera sobre el Reglamento), especialización (las reglas de la etapa judicial rigen el proceso en esa estación) y coherencia normativa (si el legislador ha establecido razones para no llevar al proceso de extinción de dominio cualquier bien usado en cualquier delito - mayor razón si no se ha derogado el comiso con condena del artículo 102 del Código Penal.

Sobre esta idea, compartimos la premisa de la Sala de la Libertad relacionada con el distinto ámbito de aplicación del art. 8 del reglamento y el art. 17 de la ley, en tanto, es verdad que el primero es para iniciar indagación patrimonial, y el segundo es para admitir la demanda; sin embargo, no compartimos la conclusión; y es que, bajo la lógica de la Sala, el Ministerio Público podría cumplir el requisito de la demanda presentando una valuación del instrumento; sin embargo, dicha valuación podría arrojar un monto menor; situación en la cual el juez no podría observar la demanda -basado en el razonamiento de la Sala- en tanto el requisito es presentar la valuación⁴ y no exigir un monto mínimo.

Una tercera idea, para no considerar el valor económico relevante, es que la extinción de los instrumentos se justifica por la peligrosidad objetiva de estos. Esta idea, en nuestra opinión, tiene un problema de doble valoración; si la peligrosidad objetiva -en algunos casos de instrumentos- justifica su extinción, no puede, luego, también justificar la no consideración del monto mínimo; esto requeriría el desarrollo de argumentos adicionales.

Ahora bien, en nuestra opinión, bajo las reglas establecidas en la ley y el reglamento, se debe tener en cuenta dos cosas: a) establecer "ratios" mínimos de valor en extinción de instrumentos y b) considerar factores de corrección para algunos casos de instrumentos que no superen ese monto y en los que se justifique su extensión en otros criterios.

La primera consideración se sostiene bajo la premisa que extinguir todos los instrumentos en todos los casos, sin considerar su valor, generaría un colapso de casos en el sistema judicial. Podríamos estar recuperando vehículos cercanos a ser considerados chatarra, lo que alejaría la

institución de su sentido político-criminal. Por ello, consideramos que la regla en los instrumentos es que el operador evalúe el valor económico o analice el costo-beneficio de promover un proceso de extinción; si el resultado es negativo (escaso valor o promoción onerosa), debe evaluar, si en el caso en concreto, la extinción de ese instrumento genera una oportunidad para el Estado, que no es susceptible de ser satisfecha por otros estamentos o procedimientos públicos.

Así pues, en supuestos donde el instrumento (con escaso valor) está siendo considerado dentro de la hipótesis de la investigación penal y es posible su decomiso penal, pues allí debería recuperarse para el Estado; si no es posible porque el propietario no intervino en la instrumentalización, debería dejarse al derecho administrativo para que solucione el problema (decomiso administrativo, depósito por inviabilidad de superar una revisión técnica, u otros); si ambos escenarios no son de aplicación o existe otra razón que imposibilita el decomiso -que el fiscal deberá identificar adecuadamente- entonces deberá promoverse el proceso de extinción de dominio (por ejemplo, una caravana de vehículos antiguos que transportan constantemente gasolina de contrabando en alguna zona fronteriza de país; aquí, la respuesta del Estado, vía el derecho administrativo por ausencia de revisiones técnicas, podría ser insuficiente; en cambio una respuesta vinculando la extinción de los activos a actividades ilícitas, transmitiría un mensaje preventivo más eficiente).

En el caso bajo análisis, de darse las condiciones, se debe iniciar la indagación patrimonial y determinar el valor del instrumento (vehículo) para decidir demandar ante el Poder Judicial el activo que correspondiere, teniendo en consideración los criterios descritos en los párrafos anteriores.

⁴ Artículo 17. Requisitos de la demanda de extinción de dominio

17.1. El Fiscal formula por escrito, ante el Juez, la demanda de extinción de dominio, conteniendo lo siguiente:

[...]

b) La identificación, descripción y valuación económica de los bienes objeto de la demanda de extinción de dominio.

2.2. Instrumentalización e identificación del activo

Uno de los tópicos más importantes que muestra el caso planteado, y de la indagación patrimonial en general, es la identificación adecuada del activo que podría ser susceptible de extinción de dominio (Malpartida Acuña, 2022, 148).

Una mirada rápida del caso planteado nos llevaría a concluir que el activo objeto de la pretensión sería el vehículo de placa de rodaje Z0L-965; sin embargo, esta conclusión debe considerar la situación que el vehículo ya fue asignado por la autoridad aduanera, en el marco de sus atribuciones, a una entidad del Estado. En ese sentido, la pregunta que se genera es ¿vía extinción de dominio se puede trasladar para el Estado algo que ya es del Estado? Nosotros respondemos dicha interrogante de forma negativa.

Ahora bien, como se dijo en el ítem 2, ante una disposición anticipada de la Aduana, existe la posibilidad de que el juzgado dentro del proceso penal ordene la devolución del activo, situación que generaría que el propietario del vehículo tenga el derecho de reclamar al Estado el valor de este.

En esta particular situación, en nuestra opinión, el proceso de extinción de dominio debería dirigirse sobre el monto de valuación del vehículo, al cual el propietario tiene derecho; en tanto dicho monto sustituye, en el caso en concreto, al vehículo instrumentalizado de la actividad ilícita de contrabando.

2.3. Instrumentalización e identificación del requerido

Una consecuencia inmediata de identificar adecuadamente el activo es poder ubicar a la persona que aparece ostentando derecho sobre el bien, es decir, al requerido.

En el caso planteado, la pretensión -como se concluyó en el ítem anterior- debería dirigirse

contra el monto que la Aduana determine como valor que sustituirá al vehículo que fue asignado a la entidad del Estado; obviamente, el titular de dicho monto es la persona que era titular del vehículo al momento de la incautación penal.

Así pues, se debe tener particular cuidado en establecer la relación activo-requerido; en este caso, Pedro Alfonso Teves Cruz sería requerido por ostentar el derecho sobre el monto que sustituye el valor del vehículo, no así por ser propietario de este (en tanto ya no lo es).

2.4. La extinción de los instrumentos y el artículo 102 del Código Penal

El artículo 102 del Código penal, establece lo siguiente:

Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito.

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 hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado. (subrayado mío).

[...]

Una referencia muy pertinente para los objetivos del presente ensayo, y para el caso que nos ocupa, es la vinculación que tiene el proceso penal y el proceso de extinción de dominio a partir del artículo 102 del Código Penal.

Así pues, la condición "siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio", que

el juez penal debe considerar cuando tenga que decidir sobre el decomiso de los bienes, parece remitir un mensaje de impedimento de pronunciamiento cuando verifique la efectiva posibilidad de inicio de un proceso de extinción de dominio.

Un mensaje como aquel pareciera ser resultado de un arduo proceso de análisis y valoración de ventajas y desventajas; a la vez, pareciera que es la materialización de una intención legislativa de dotar de preferencia o prioridad en la recuperación de los activos al proceso de extinción de dominio sobre el proceso penal; sin embargo, lo cierto es que esa opción legislativa es mucho menos ambiciosa de lo que se cree, en tanto, la actual redacción del artículo 102 del Código Penal, responde a un mero reajuste terminológico en razón de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1373.

| Antes de la vigencia del DL 1373 | Con la vigencia del DL 1373. |
|---|--|
| <p><i>Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito.</i></p> <p><i>El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, 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.</i></p> <p><i>[...]</i></p> | <p><i>Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>[...]</i></p> |

Como se puede apreciar, la ley solo modificó la palabra "pérdida" sustituyéndola por "extinción"; en ese sentido, si acaso existió una intención de dotar de prioridad a un proceso distinto al penal, lo fue antes de la vigencia de la extinción de dominio. Sin embargo, una intención en los términos expuestos, bajo la ley de pérdida de dominio, sería absolutamente absurda, porque este no era autónomo, sino, por el contrario, tenía que esperar la ineficacia o imposibilidad de la persecución penal de los productos o instrumentos, para solo luego, poder iniciar una indagación patrimonial⁵ (Gálvez Villegas, 2015, 105). En ese sentido, una redacción como la que promovió el artículo 102 del Código Penal antes del vigente era simplemente inaplicable por imposible.

Finalmente, sobre esto último, debemos mencionar que revisado el seguimiento de la Ley N° 30076 (la que introduce la frase "siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio"), se advierte que dicha condición simplemente no fue discutida y fue introducida sin mayor explicación.

⁵ Artículo 4° del DL.1104.- Supuestos de procedencia de la pérdida de dominio

La pérdida de dominio 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 concurran alguno o algunos de los siguientes supuestos:

- 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.

Por lo antes expuesto, si bien es cierto la norma tiene vida propia desde su publicación, y lo mencionado en los párrafos anteriores no serían más que sucesos anecdóticos, creemos que para el jurista o estudioso de la institución, es importante encontrar la justificación a la opción legislativa, y no solamente aceptar, sin más, la redacción propuesta.

Lo mencionado nos lleva a la pregunta: en el caso materia de análisis, de acuerdo con el tenor del artículo 102 del Código Penal: ¿era viable que el juez penal y la sala de apelaciones se pronuncie sobre el comiso del vehículo por ser instrumento de contrabando? Sin duda la respuesta es compleja.

En principio consideramos que, no existe inconveniente material o procesal en que el proceso de extinción de dominio y el decomiso penal puedan caminar de forma paralela⁶, en tanto tienen fundamento de persecución distinto. En todo caso, son razones operativas, como la duplicidad de investigaciones destinadas al mismo fin, las que invitarían a pensar en soluciones más eficientes.

Un segundo punto que debe evaluarse es la incidencia de una interpretación literal, en el trámite procesal, la autonomía de los procesos (penal y extinción) y la garantía de los derechos de los sujetos procesales; así pues, si dentro del proceso penal se realizó una incautación cautelar judicial, es dentro de este proceso donde debe permitirse el ejercicio de defensa del afectado de cara a cuestionar la validez, necesidad o proporcionalidad de la medida, o que la decisión sea revisada por un superior jerárquico. No parece correcto que el juez penal ordene y/o convalide una incautación cautelar, y cuando el afectado decida optar por ejercitar sus derechos procesales, se le mencione que cualquier cuestionamiento deberá realizarlo en el proceso de extinción de dominio, estadio procesal donde no se ha tomado decisión alguna sobre el activo y es muy posible que ni siquiera exista carpeta vigente.

Ahora bien, a lo descrito en el párrafo anterior, se le puede observar que el artículo 102 del Código

Penal establece un escenario de impedimento de pronunciamiento sobre el decomiso⁷, no así sobre medidas cautelares vinculadas a dicha pretensión. En ese sentido, en el mensaje podría entenderse que el operador penal tiene habilitado discutir y decidir la medida cautelar, pero no así la decisión de fondo vinculada. Una interpretación de este tipo, si bien salva operativamente el escenario descrito en el párrafo anterior, crea un problema teórico tangible, y es que se está generando la existencia de medidas cautelares que no protegen o garantizan ninguna pretensión de fondo. Esto afecta la esencia misma del concepto medida cautelar, solo para salvar lo que se cree es la correcta interpretación del artículo 102 del Código Penal.

Un intento de salvar la interpretación podría llevar a promover que no se efectúen medidas cautelares, ni decisiones de fondo, en el proceso penal sobre activos susceptibles de extinción de dominio; una opción como esta generaría altos grados de ineficiencia en la persecución de los activos, porque el fiscal penal, en los distintos operativos a propósito de la persecución penal, no podría realizar incautaciones cautelares. aun cuando el activo esté a disposición inmediata (Gálvez Villegas,2019,182).

Ahora bien, en nuestra opinión la frase "siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio" del artículo 102 del Código Penal debe ser entendida como un mensaje de preeminencia, siempre y cuando el juez perciba que las características que subyacen al proceso de extinción de dominio no se encuentren dentro de la pretensión de decomiso introducida dentro del proceso penal. Por ello, en acusaciones directas, procesos inmediatos, terminaciones anticipadas y otros de similares características, donde se ha introducido la pretensión de decomiso, nos parece que el juez puede y debe resolverlos dentro del proceso penal. Desatender el avance, la celeridad y economía procesal y eficiencia en los casos planteados (y en tantos otros), solo para cumplir el sentido literal de la expresión, no parece correcto. Esto, sin duda, genera un problema operativo, en tanto existirían dos procesos con distinto fundamento pero con un mismo objetivo, lo que

⁶ Es importante recordar que el Art. 102 del CP establece una regla respecto a la pronunciación del decomiso, esto es, al final del proceso.

⁷ Abordar este tópico merece desarrollos más amplios, los cuales no se abordarán en el presente documento.

se presenta como una forma inadecuada de abordar una preocupación estatal. Sin embargo, esta situación deberá mejorarse en la medida que se tomen decisiones de política criminal más adecuadas, pues entendemos que estamos en un proceso de maduración de nuestro decomiso sin condena, por lo que cambios estructurales se podrán dar con el tiempo.

En la línea de lo expresado -como precisaremos más adelante- respondiendo la pregunta planteada párrafos antes, sí debe ser posible el pronunciamiento del operador penal sobre el decomiso del instrumento.

2.5. Decisión sobre el instrumento en el caso en concreto y la autonomía del proceso de extinción de dominio

En el proceso penal que motiva el presente ensayo hubo pronunciamiento sobre la pretensión de decomiso; en primera instancia declararon infundada la pretensión y ordenaron la devolución del vehículo; en segunda instancia, revocaron ese extremo y decidieron remitir los actuados a la Fiscalía de Extinción de Dominio.

En principio saludamos el cumplimiento del deber de comunicar que describe el artículo 44 de la ley⁸, realizado por la Sala Penal de Apelaciones. Consideramos que es una buena práctica que debe extenderse a todos los operadores que en el ejercicio de sus funciones identifiquen activos susceptibles de extinción de dominio.

Ahora bien, la decisión de la Sala de Apelaciones parece alinearse con la idea desarrollada en el ítem anterior; sin embargo, desde nuestra perspectiva genera una situación compleja de solucionar, tanto para el despacho de extinción de dominio

que recibe los actuados, como para el eventual requerido.

Así pues, el fiscal de extinción de dominio, al recibir las copias, deberá identificar el activo sobre el cual, ulteriormente, presentará la demanda al Poder Judicial. Aquí es donde existe un problema, en tanto que, de acuerdo con lo que hemos venido desarrollando, solo existen dos posibilidades: a) el vehículo de placa de rodaje Z0L965 o b) el valor que determine la Aduana.

Como lo adelantáramos, consideramos que se debe descartar que la pretensión recaiga sobre el vehículo, en tanto este ya ha sido asignado a una entidad del Estado, como consecuencia de una asignación por la autoridad aduanera.

Por otro lado, la posibilidad de que la pretensión recaiga por el valor que la Aduana determine (como sustituto del vehículo ya transferido), encuentra una compleja dificultad, y es que en el caso en concreto no existe, por cuanto es presupuesto de ello, la emisión de la orden de devolución por parte de autoridad judicial, siendo que, si bien en un primer momento, en mérito a la decisión de primera instancia dicha orden sí se emitió, dicho extremo fue revocado por la Sala penal de Apelaciones. En ese sentido, si no existe orden de devolución judicial, tampoco existe razón por la cual la autoridad aduanera tenga que determinar su valor; a la vez, el afectado no tiene un derecho configurado (legalmente) que le permita realizar reclamo a la Aduana, y finalmente, el despacho de extinción de dominio no tiene activo contra el que dirigir su pretensión.

Por lo antes expuesto, consideramos que, en el caso en concreto, la Sala Penal de Apelaciones debió emitir pronunciamiento de fondo sobre la pretensión de decomiso (ya sea confirmando la devolución o decomisando el vehículo); esto evidencia que el artículo 102 del Código Penal no debe ser interpretado y/o aplicado en términos literales.

⁸ Artículo 44. Deber de servidor o funcionario público

Todo servidor o funcionario público que, en el marco del ejercicio de su cargo o de sus funciones específicas, tenga conocimiento de la existencia de bienes que puedan ser objeto de la demanda de extinción de dominio, está obligado a informar inmediatamente al Ministerio Público. El incumplimiento de esta obligación constituye una falta disciplinaria, la cual es sancionada administrativamente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente.

Conclusiones

La extinción de dominio de instrumentos debe y tiene una justificación distinta a la de los productos, en tanto, por regla general, son activos lícitos.

La identificación del activo instrumentalizado suele ser un trabajo sencillo, sin embargo, el operador no debe perder de vista las particularidades de cada caso.

La identificación e individualización del requerido no se encuentra vinculada a su vinculación con la actividad ilícita, sino al activo que será objeto de extinción. Por lo tanto, el operador deberá analizar todas las aristas del caso a fin de realizar un trabajo adecuado.

La consideración del valor económico relevante en el caso de los instrumentos en el proceso de extinción de dominio es un criterio para evaluar, no un mandato que vincula al operador fiscal a no considerarlo al momento de iniciar indagación patrimonial.

La referencia "siempre que no proceda el proceso autónomo de extinción de dominio" del artículo 102 del Código Penal debe evaluarse de manera muy reflexiva. De lo contrario, como el caso que hemos presentado, se genera un espacio de compleja solución.

Bibliografía

Aguirre Ñaupari, L. (2023)

Análisis de la Ley de Extinción de Dominio. Grijley.

Arroyo Decena, J. (2022)

El patrimonio como interés en la extinción de dominio. En Arroyo Decena, J. (Coord.). La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio. Grijley.

Gálvez Villegas, T. (2015)

Decomiso, incautación y secuestro (2da Edición). Valleta Ediciones.

Gálvez Villegas, T. (2019)

Decomiso, Extinción de Dominio, Nulidad de Actos jurídicos fraudulentos y Reparación Civil. A propósito del caso Odebrecht. Ideas.

García Cavero, P. (2023)

Bienes susceptibles de extinción de dominio. Gaceta Penal & Procesal Penal, 168.

García Cavero, P. (2024)

Aspectos básicos del proceso de extinción de dominio. Actualidad penal, 117.

Jiménez Niño, S. (2023)

La autonomía del proceso de extinción de dominio y su relación con la cosa juzgada. En AA.VV. La extinción de Dominio. Procuraduría General del Estado.

Jiménez Niño, S. (2019)

Aproximaciones a la Extinción de Dominio. Gaceta Penal & Procesal Penal, 126.

Malpartida Acuña, E. (2022)

La etapa de indagación patrimonial. En Arroyo Decena, J (Coord.). La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio. Grijley.

Lujan Tupez, M. (2021)

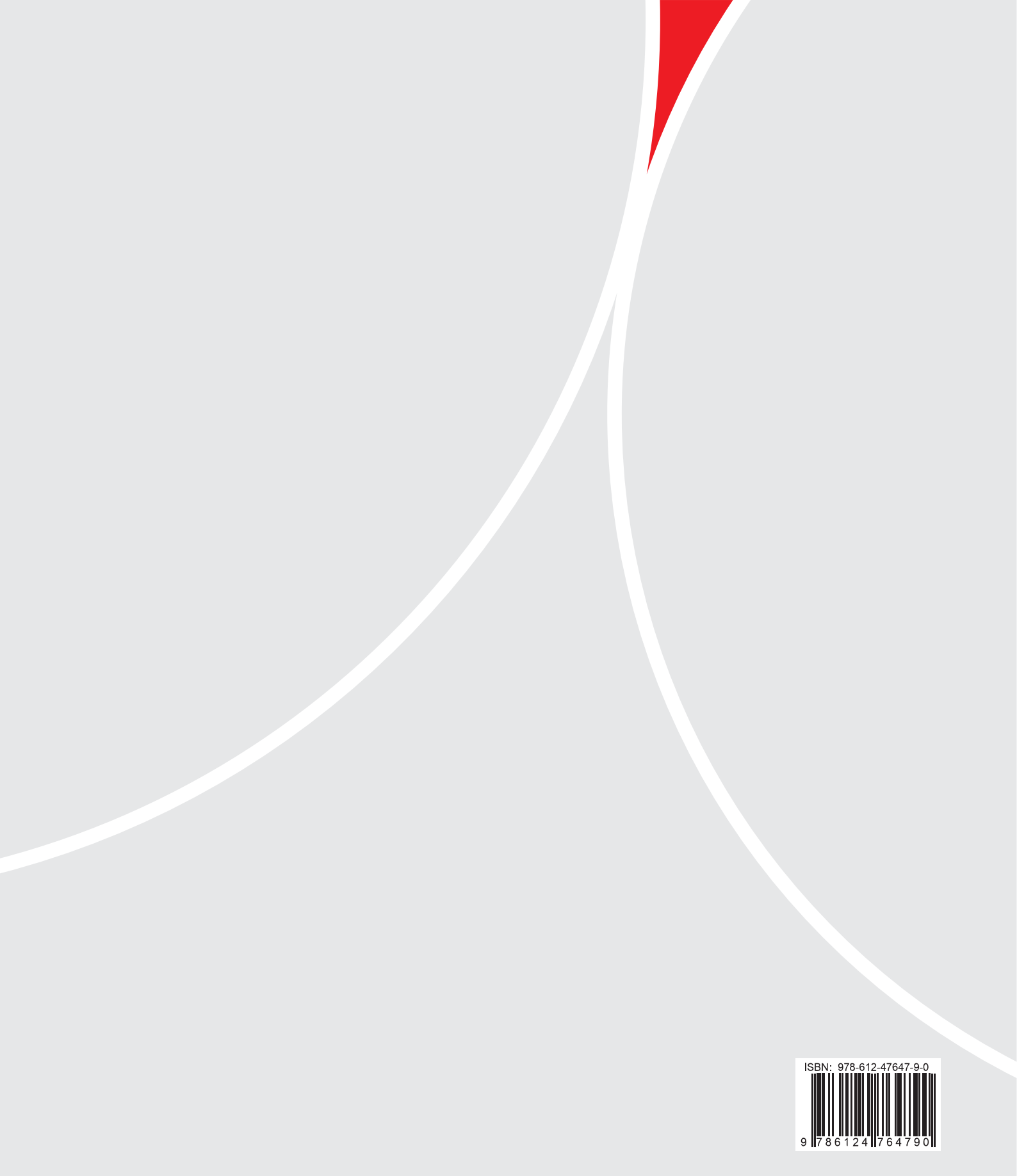
Principios del proceso de Extinción de Dominio. Programa de Entrenamiento impartido por el Programa GFP Subnacional de la Cooperación Económica Suiza-SECO.

Sánchez Mercado, M. (2022)

Principios de autonomía y cosa juzgada. En Arroyo Decena, J. (Coord.). La carga dinámica de la prueba y temas de extinción de dominio. Grijley.

Santander Abril, G. (2021)

Fundamentos de Legitimación, objeto y límites de las causales de extinción de dominio de bienes ilícitos. En Herrera, M. (coordinador), Extinción de Dominio y Lucha contra la criminalidad organizada y económica. Instituto Pacífico.



ISBN: 978-612-47647-9-0



9 786124 764790

GFP Subnacional

Fortaleciendo la Gestión de Finanzas Públicas

Un programa de la Cooperación Suiza - SECO



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Embajada de Suiza en el Perú

Secretaría de Estado para Asuntos Económicos SECO



BASEL INSTITUTE ON
GOVERNANCE