

Extinción de dominio: orígenes e incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos

Expired ownership: origins and its incorporation into latin american legal systems

Nino Cassanello Foghini ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2021.

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2022.

¹ Abogado con mención en Derecho Económico, magister en Derecho Penal y catedrático universitario en la materia de Criminalidad Organizada y Seguridad del Estado en la maestría de Derecho Penal de la UEES. Fue Subsecretario General Anticorrupción de la Presidencia de la Republica del Ecuador.

E-mail:
cassanellofoghini@hotmail.com
Código ORCID:
0000-0002-3143-682X

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad presentar el origen histórico de las leyes de extinción de dominio, remontándose a su génesis en la 'Common Law', pasando por su implementación en la lucha contra el crimen organizado en Norteamérica, así como en el derecho internacional, para culminar con su introducción a nivel constitucional y legal en países latinoamericanos. A partir del análisis documental se pretende poner de relieve algunas variables que permitan comprender más profundamente el alcance real de este instituto.

Palabras Clave:

Extinción de dominio, deodand, incautaciones civiles de bienes, confiscación, acciones In Rem, bienes.

Abstract

This article is oriented to present the historical origin of civil asset forfeiture laws, remounting to its beginnings in "Common Law", passing through its implementation on the fight against North American organized crime, as well as on international law, up to its adoption on Constitutional and statutory level in Latin-American legal systems. Through a documentary analysis, some variables will be highlighted in order to understand more deeply the reach of this institution.

Keywords:

Expired ownership, deodand, Civil Asset Forfeiture, Confiscation, In Rem Actions, Property.

CITACIÓN: Cassanello Foghini, N. (2022). Extinción de dominio: orígenes e incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Juees, 3, 141-150.

1. Orígenes

La Extinción de Dominio como instituto toma su origen de la denominada acción de decomiso de bienes civiles o ‘*civil asset forfeiture*’ del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos de América. Ahora bien, existen discrepancias sobre el origen de esta figura, por ejemplo, unos la remontan a la antigua doctrina del ‘*deodand*’, originada en la ‘*Common Law*’ inglés, que en esencia señala la necesidad de “entregar a Dios” los bienes que sirvieron para el pecado. Es importante aclarar que el presente estudio se refiere a la confiscación de bienes civiles como acciones ‘*in-rem*’, teniendo en cuenta que la confiscación como sanción penal tiene su origen en la responsabilidad penal de los procesados y, por tanto, mantiene una naturaleza distinta.

El término se originó del latín ‘*Deo dandum*’, que se traduce en “debe ser entregado a Dios”, y la regla se definió como: todo movimiento de un animal u objeto inanimado que cause la muerte de un súbdito del rey, hará que este sea considerado un ‘*deodand*’, y por tanto, confiscado por la corona. Su implementación se remonta a la Inglaterra del siglo XI d.C. y se extendió en ese país hasta su abolición por el Parlamento en 1846.² En adición, jurisprudencia de la Corte Suprema de EE. UU. de reciente data parecería suscribir esta teoría. Así, por ejemplo, la sentencia Calero v.

Pearson Yatch Co., el organismo de justicia se refirió al ‘*deodand*’ en los siguientes términos:

“[...] En el derecho consuetudinario el valor de un objeto inanimado que directa o indirectamente cause la muerte accidental de un súbdito del Rey era confiscado por la Corona como un *deodand*. Los orígenes del *deodand* se remontan a prácticas bíblicas y pre-judeo-cristianas, que reflejaban la visión que el instrumento de la muerte era acusado y que la expiación religiosa era requerida. El valor del instrumento era confiscado en favor del Rey, bajo la creencia de que el Rey aportaría con dinero para que se realicen misas según se decía, por el bien del alma de la persona fallecida, o para asegurarse de que el *deodand* fuera puesto a disposición de la caridad [...]”.³

Algunos autores encuentran difícil de creer que precisamente antiguas colonias como EE. UU. hayan importado y adoptado instituciones de origen monárquico como esta, dadas las razones históricas de sus proclamaciones de independencia y sus profundos planteamientos sobre el derecho de propiedad.⁴ Por su parte, otros autores como Doyle⁵ señalan que, por sus

² FOURIE, Moira, PIENAAR, Gj., *Tracing the roots of forfeiture and the loss of property in English and American law en Fundamina*, Vol. 23, No. 1, 2017, p. 20-38. ISSN 2411-7870.

³ Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América [SCSEUA], 15 de mayo de 1974 (No. 73-157, Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663).

⁴ LUNA, Erik, *The perils of civil asset forfeiture*, en Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 43, 2020, p. 23.

⁵ CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. Edited by: DOYLE, Charles. *Crime and forfeiture: In short*, 2015.

características, descienden de la tradición de confiscaciones comerciales inglesas. En este sentido, hay registro de su utilización durante la época colonial en temas de navegación para mitigar delitos como el contrabando, la evasión tributaria y esquemas de evasión de utilidades. Esto encontraba su lógica en que los navíos eran encontrados a la deriva en altamar. Reafirman esta idea por el rechazo expreso que la Constitución norteamericana hace de la confiscación como pena por traición.

2. Su extensión hacia la lucha contra el crimen organizado

Pese a las discusiones sobre su origen, es claro que conforme se fue desarrollando en la jurisprudencia americana, su principal característica giraba en torno a que eran acciones *'in-rem'*, es decir, que recaen sobre los objetos. La idea central giraba en torno a la culpabilidad del objeto, admitiendo el gravamen contra el propietario sobre la base de su negligencia al tolerar el mal uso de su propiedad, pero sin discutir jamás la culpabilidad de este último respecto al hecho. Más aún, la confiscación de bienes civiles como institución se extendió a otro tipo de delitos en EE. UU. entre 1879 y 1920, reafirmando su naturaleza *'in-rem'*,⁶ pero sin su incorporación directa a un texto legislativo. En este contexto, surgieron algunos de los nombres más particulares en la jurisprudencia norteamericana: *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania*; y,

United States v. Forty-three Gallons of Whiskey, entre otros.

Pese a esto, la verdadera revolución en la implementación de la confiscación de bienes civiles se dio en el contexto de la lucha contra el crimen organizado y el narcotráfico. Por consiguiente, se podría decir que el principal punto de inflexión se generó a través de la promulgación de la denominada *"Racketeer Influenced and Corruption Organizations Act of 1970"*, también llamada la Ley RICO, y que seguidamente inspiró la *"Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970"*. Esta última norma puso de relieve la necesidad de luchar con especial énfasis en contra del narcotráfico.

Es en este contexto que, a través de una reforma a este cuerpo normativo en 1978, se introduce a nivel legislativo y como acción *'in-rem'*, la confiscación de bienes civiles que, de una u otra forma, se hubieren relacionado a actividades vinculadas al narcotráfico, sin la necesidad de una condena criminal en firme; destacándose que en su forma original se aplicaba exclusivamente a bienes muebles. En 1984, mediante una nueva reforma, se extendió a bienes inmuebles. Así, se buscaba afectar las operaciones de estas entidades a través de sus ingresos directos e indirectos.

3. Convención de Viena

Estados Unidos desempeñaba un rol preponderante en la geopolítica a finales de la década de los ochenta. Además, siendo uno de los principales mercados

⁶ FOURIE, Moira, PIENAAR, Gj., Op. Cit.

para el tráfico de sustancias psicotrópicas, la lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado se transformó en una prioridad internacional. En efecto, si se considera que se trata de una actividad que emplea ingentes recursos esparcidos a través de múltiples países y jurisdicciones, ciertamente lo transforma en un problema de características globales.

Con este antecedente se llevó a cabo la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, también conocida como la ‘Convención de Viena’. En esta, principalmente, y a diferencia de anteriores convenciones sobre sustancias estupefacientes, se centró en combatir el creciente poder económico de las organizaciones criminales dedicadas a esta actividad, siendo determinante en la tipificación moderna del delito de lavado de activos. En este sentido es menester revisar lo que textualmente señalaba la convención en sus consideraciones preliminares:

“[...] Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles. Decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal

actividad [...]”.⁷

Como se aprecia, este instrumento de Derecho Internacional tenía un enfoque de carácter económico, que luego se refleja en su artículo 5, denominado Decomiso, donde textualmente señala el compromiso de los Estados de adoptar mecanismos que permitan identificar, bloquear, secuestrar y confiscar, todas las ganancias directas o indirectas del tráfico de drogas.⁸

Si bien no se establece con claridad la implementación de una acción autónoma, y sin que medie condena, como la confiscación de bienes civiles existente en los Estados Unidos de América, ciertamente sentaba las bases para incentivar una acción no necesariamente atada a una condena penal. Otro aspecto interesante es que señala a los Estados la necesidad de invertir la carga de la prueba, al aplicar este tipo de figuras, obligando al sospechoso a demostrar el origen lícito de los bienes adquiridos, conforme se aprecia en el numeral 7 del mencionado artículo 5 de la convención prenombrada.

4. Colombia

A finales de la década de los ochenta e inicios de los noventa, el narcotráfico afectaba poderosamente a América

⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas promulgado en Conferencia de las Naciones Unidas en Viena el 20 de diciembre de 1988.

⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro., et al. *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington DC: Organización de los Estados Americanos, 2014. ISBN: 978-0-8270-5186-7.

Latina dado su papel como una de las principales regiones productoras del mundo. Frente a esta situación, uno de los países más afectados fue Colombia, donde la influencia del crimen organizado vinculado al narcotráfico había penetrado fuertemente el tejido social, y se expandía a negocios, deporte e incluso la política. Con este antecedente, y con clara influencia del marco normativo norteamericano e internacional, a través del proceso constituyente de 1991 se decidió incorporar, mediante el artículo 34 de la Constitución colombiana, la institución de la extinción de dominio respecto de bienes adquiridos por enriquecimiento ilícito.

Esta institución fue reglada a través de la Ley 333/1996, y posteriormente derogada por la Ley 793/2002, siendo evidente su inspiración en el decomiso de bienes civiles norteamericano, puesto que fue estructurada como una acción ‘in-rem’ autónoma, no dependiente de una condena. Se trató del primer caso de decomiso sin condena a nivel constitucional y legislativo de la región, la cual subsiste hasta la actualidad. Es así como, mediante la Ley 1708 de 2014, se promulgó el Código de Extinción de Dominio (CDE), que estructura la institución en un solo cuerpo. Específicamente, en palabras del autor Tobar:

“[...] en 1991 el constituyente erigió una acción de extinción de dominio con parámetros totalmente distintos a los que hasta entonces se conocían en el panorama jurídico nacional. Esta figura sui

géneris se creó desde el propio texto constitucional con el fin específico de combatir el narcotráfico y el enriquecimiento ilícito, de tal suerte que tratándose de una acción real, requiere para su ejecución investigaciones de características penales”.⁹

5. Convención de Mérida

En el año 2000, la lucha contra la delincuencia organizada transnacional devino en la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, también conocida como la Convención de Palermo. Este instrumento de derecho internacional estructuró la concepción moderna del alcance del decomiso de bienes relacionados a actividades ilícitas. Se hablaba de los bienes adquiridos con fondos provenientes de actividades ilícitas, así como de aquellos que fueran utilizados como instrumentos para perpetrarlas, e incluso aquellos que se encontraran parcialmente mezclados con otros bienes lícitos.

Fue precisamente con el antecedente marcado por la convención de Palermo, y ante el evidente rol que jugaban las autoridades gubernamentales de ciertos países en la tolerancia y auspicio de actividades vinculadas al crimen organizado, que se suscribió la

⁹ TOBAR TORRES, Jenner Alonso, *Aproximación general a la acción de extinción del dominio*, en Colombia en Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, Vol. 14, No. 26, 2014, p. 21. ISSN: 1657-8953.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción en el año 2003, también conocida como la convención de Mérida. En palabras de Kunicka-Michalska, al referirse al contexto de la convención, señala lo siguiente:

“En el ‘Resumen de las deliberaciones’ de dicho libro de la Acción mundial contra la corrupción... (ONU, 2005 e: 7-9) se destaca que la corrupción amenaza la estabilidad y la seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, así como la ética y la justicia, ‘al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley’. Asimismo, se aprecia los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencias, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido en esta última el blanqueo de dinero”.¹⁰

El principal aporte al panorama normativo internacional que incorporó este instrumento fue el reconocimiento al decomiso sin condena, en casos en que la persona no pudiera ser enjuiciada por muerte, fuga u otras razones apropiadas, establecido en su artículo 54, número 1, letra d.¹¹ Esto supuso la primera incorporación formal al ordenamiento

jurídico internacional de la institución del decomiso sin condena como un compromiso de los Estados suscriptores y sentó en gran medida el inicio de adopción de este tipo de mecanismos en América Latina y el mundo.

Cabe destacar que en el año 1989 se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que en 1990 estableció un sistema de recomendaciones para la lucha contra el lavado de activos que se han ido revisando, reformando y aplicando en varios países del mundo desde hace años. Precisamente, en el contexto de estas revisiones, las recomendaciones vigentes al año 2003 contemplaban ya el decomiso sin condena, pero ciertamente el verdadero relieve en el panorama internacional de esta figura se concretó en la Convención de Mérida.

6. Ley Modelo de Extinción de Dominio y Recomendaciones del GAFILAD

El decomiso sin condena, reconocido a partir del ejemplo colombiano en la región bajo el nombre de “extinción de dominio”, juntamente con los planteamientos más explícitos de la convención de Mérida, allanaron el camino para que otras naciones latinoamericanas adoptaran esta institución en su lucha contra el crimen organizado y la corrupción.

El primero fue México, que optó por incorporar la figura a través de una reforma constitucional en el año 2008, para luego estructurar mediante una

¹⁰ KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara, *La lucha contra la corrupción en América Latina*, en *Vectores de investigación*, Vol. 12, No. 12-13, 2017, p. 199. ISSN 2255-3371.

¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional promulgado en Resolución 55/25 de la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.

norma secundaria el instituto, con fuertes cuestionamientos sobre la naturaleza civil o penal de la acción.¹² En este contexto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC por sus siglas en inglés), a través de su Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC), elaboró entre 2010 y 2011 una Ley Modelo de Extinción de Dominio, que puso a disposición de varios países de la región para su discusión y eventual incorporación.

Así, con diferencia de unos pocos años, El Salvador, Honduras, Guatemala, Bolivia, Perú, y más recientemente, Ecuador y Argentina, han discutido y aprobado legislación en materia de Extinción de Dominio, sobre la base de tres ejes fundamentales: acciones reales de carácter jurisdiccional y autónomas. Tal y como su lejana predecesora, la confiscación de bienes civiles norteamericana, están orientadas a perseguir los bienes, sin importar quién mantenga su titularidad en un momento determinado. Son de carácter jurisdiccional, porque han sometido su conocimiento, no a instancias administrativas, sino ante órganos jurisdiccionales que deben decidir, sobre la base de las pruebas y sobre la licitud de la procedencia del bien que les sean presentadas. Y son autónomas porque no requieren que medie condena para poder ser aplicadas, siendo en este último caso la principal excepción Ecuador tal y como lo veremos

en breve.

7. Ley de Extinción de dominio en Ecuador

Tras la unificación de varios proyectos de ley presentados desde el año 2017, en primera instancia por la Fiscalía General del Estado, y luego por iniciativa parlamentaria, finalmente, la Ley Orgánica de Extinción de dominio fue aprobada por la Asamblea Nacional el 19 de enero de 2021 con 131 votos a favor y una abstención, siendo publicada luego el 14 de mayo de 2021. El debate fue ampliamente divergente, con mucha resistencia de un grupo de legisladores, principalmente a la característica de autonomía no dependiente de sentencia penal ejecutoriada y a la imprescriptibilidad de la acción.

Finalmente, la norma se expidió anclando la acción a escenarios en los que el delito relacionado debía contar con sentencia penal ejecutoriada. Mientras que, en lo que respecta a la imprescriptibilidad esta fue declarada como inconstitucional por la Corte Constitucional mediante Dictamen No. 1-21-OP del 17 de marzo de 2021, tras la objeción presentada por el Ejecutivo. A lo anterior se ha sumado la reciente creación de los Juzgados Anticorrupción, que tramitarán estas acciones.

Sin duda alguna, la falta de autonomía de la acción supone un menoscabo importante en la efectividad de la medida para alcanzar sus fines. Sin embargo, mientras se cierra este artículo, se estudia una propuesta de reforma por parte de la

¹² RUIZ CABELLO, Mario David, *Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal*, en *Alegatos*, Vol. 25, No. 77, 2018, p. 90.

Fiscalía General del Estado que, entre otros planteamientos propone que no se requiera de sentencia ejecutoriada para accionar este mecanismo.

Conclusiones

Las leyes de extinción de dominio constituyen el más novedoso y reciente mecanismo jurídico de lucha contra la corrupción y crimen organizado en América Latina. Varios proyectos se han aprobado en la última década. Estas leyes encuentran su origen histórico en el decomiso de bienes civiles, originado en el derecho anglosajón, a partir de la doctrina del ‘deodant’. Se trata de una figura originalmente incorporada a la legislación norteamericana para lidiar con ilícitos en los que era muy complicado determinar una responsabilidad directa sobre las personas. En este sentido, fue implementado para luchar contra el contrabando y la evasión tributaria, permitiendo al Estado hacerse con el dominio de los bienes tradicionalmente destinados a estas actividades, tales como embarcaciones o mercancías abandonadas.

La necesidad de mitigar el crimen organizado en Estados Unidos de América llevó a que sea incorporada en textos normativos orientados a la lucha contra estas organizaciones delincuenciales, especialmente aquellas dedicadas al narcotráfico, con un enfoque principalmente económico. Así también, el alcance internacional de las organizaciones narcodelictivas y el efecto de sus operaciones en las economías y en las instituciones políticas de los países donde

se enraizaban, generaron que el problema fuera abordado por las Naciones Unidas. En tal sentido, los Estados miembros se comprometieron a implementar en el tiempo este instituto en la lucha contra el crimen organizado, la corrupción y el lavado de activos.

En este contexto, y dada su especial sensibilidad en temas de delincuencia organizada y corrupción estatal, en los últimos 30 años cada vez más naciones latinoamericanas adoptan leyes de extinción de dominio en sus legislaciones, precisamente inspiradas en el modelo propugnado por Naciones Unidas, siendo Colombia, la primera nación latinoamericana en dar el paso. Hoy al menos nueve naciones latinoamericanas contemplan esta figura en sus legislaciones locales, y muchas más están iniciando el debate alrededor de ella. Si bien la discusión entre aquellos que apoyan la institución y aquellos que no es innegable, se trata de una institución de origen pragmático, herencia de su origen anglosajón, que puede transformarse en un mecanismo efectivo de pesquisa contra la criminalidad organizada y la corrupción. Sin embargo, debe ser administrada con pinzas en sociedades tan desiguales y complejas como las latinoamericanas.

Referencias

BLANCO CORDERO, Isidoro., et al. *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Washington DC: Organización de los Estados Americanos, 2014. ISBN: 978-0-8270-5186-7.

Congressional Research Service. Edited by:

DOYLE, Charles. Crime and forfeiture: In short, 2015.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas promulgado en Conferencia de las Naciones Unidas en Viena el 20 de diciembre de 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional promulgado en Resolución 55/25 de la Asamblea General el 15 de noviembre de 2000.

FOURIE, Moira, PIENAAR, Gj., *Tracing the roots of forfeiture and the loss of property in English and American law*, en *Fundamina*, Vol. 23, No. 1, 2017.

KUNICKA-MICHALSKA, Bárbara, *La lucha contra la corrupción en América Latina*, en *Vectores de investigación*, Vol. 12, No. 12-13, 2017. ISSN: 2255-3371

Ley de Prevención y Control Integral del Abuso de Drogas de 1970 (Congreso de los Estados Unidos de América, de 01 de mayo de 1971).

LUNA, Erik, *The perils of civil asset forfeiture*, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 43, 2020, p. 23.

RUIZ CABELLO, Mario David, *Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal*, en *Alegatos*, Vol. 25, No. 77, 2018.

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América [SCSEUA], 15 de mayo de 1974 (No. 73-157, *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663).

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América [SCSEUA], 29 de abril de 1965 (No. 294, *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380 U.S. 693).

Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América [SCSEUA], 07 de mayo de 1876 (*United States v. Forty-three Gallons of*

Whiskey, 93 U.S. 188).

TOBAR TORRES, Jenner Alonso, *Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia*, en *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, Vol. 14, No. 26, 2014. ISSN: 1657-8953

