

¿EXISTE EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LA ACTIVIDAD “ILÍCITA” EN LA EXTINCIÓN DE DOMINIO? UNA NOTA ESENCIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO COMÚN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA

*Emilio J. Urbina Mendoza**

Sumario:

1. La propuesta de la reforma legislativa del Perú: Restringir la reprochabilidad de la extinción de dominio e intento de subordinación a la suerte de un proceso penal.
2. Progresividad en extinción de dominio.
3. Política legislativa y regresividad.
4. Consideraciones finales.

1. LA PROPUESTA DE LA REFORMA LEGISLATIVA DEL PERÚ: RESTRINGIR LA REPROCHABILIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO E INTENTO DE SUBORDINACIÓN A LA SUERTE DE UN PROCESO PENAL.

Tras revisar el proyecto de Ley número 3577/2022, mediante el cual, se presenta una propuesta de reforma del Decreto Legislativo 1373 sobre extinción de dominio; puede leerse que la iniciativa está encaminada hacia la modificación sustancial de la médula que activa la acción de extinción de dominio: el concepto de actividad ilícita.

El proyecto contempla modificar el artículo 3.1 del Decreto legislativo 1373 en los siguientes términos:

“(…)

Artículo III.- Definiciones:

Para los efectos del presente decreto legislativo se entenderá como:

3.1. Actividad ilícita: toda acción u omisión **delictiva** contraria al ordenamiento jurídico **penal** relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo (…)” (Subrayado nuestro)

El vigente Decreto 1373 contempla de la siguiente manera la disposición en cuestión:

“(…)

Artículo III. Definiciones.

Para los efectos del presente decreto legislativo se entenderá como:

* Doctor en Derecho (Universidad de Deusto). Profesor del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas-Ciudad Guayana, Venezuela).

3.1. Actividad ilícita: toda acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico relacionada al ámbito de aplicación establecido en el artículo I del Título Preliminar del presente decreto legislativo (...)"

A simple vista pareciera que la reforma va dirigida hacia la concreción de un modelo "objetivo" de extinción de dominio, arrinconándola hacia la tipología penal de la conducta reprochable que da origen al proceso, como tal vez quedó plasmada en la calificación de "actividad ilícita" de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio venezolana (LOED)¹. Sin embargo, tras la lectura de la propia exposición de motivos de la propuesta legislativa, subyace más bien otra intencionalidad, que amén de emplear justificaciones materiales y formales fuera de lugar (Vgr. abuso del Derecho y afectación de los derechos fundamentales).

El texto de la reforma agrega un calificativo que abre las puertas para subordinar la ED al proceso penal, o por lo menos, a la suerte de una sentencia condenatoria. Puede notarse, a diferencia de su par venezolana, que se emplea la expresión "(...) *toda acción u omisión delictiva* (...)". El término delictivo, en su acepción española, implica, sin duda alguna, un predicado que implica la comisión de un delito². Y para que, en efecto, podamos hablar de la materialización de un hecho punible, dentro del constitucionalismo contemporáneo y el Derecho penal garantista, es menester la existencia de una sentencia penal condenatoriamente firme.

Esto es un despropósito cuando no, un fraude legislativo contra la extinción de dominio. Una forma para hacer romo el instrumento, judicialmente comprobado, de mayor eficiencia y eficacia en América Latina para la recuperación de activos producto de la corrupción y otras patologías de la delincuencia organizada.

Prosigue el proyecto *PL3577/2002*, invocando una suerte de argumentos supuestamente a favor de la reforma, entre los que se destacan:

- Precisar la figura para así "evitar la desnaturalización del espíritu de la norma, enfocándola en los bienes incautados cuyo origen responde a <<ilícitos penales>>, acotando apropiadamente la redacción para evitar el <<abuso del derecho>> y la afectación de los derechos fundamentales" (p.3).

Al respecto, de entrada, el párrafo nos asoma una falacia de equivalencia argumental, es decir, equipara a la actividad ilícita contemplada de forma extensa como una forma de "desnaturalizar" a la extinción de dominio, transmutándose esta

¹ El artículo 5.1 de la LOED venezolana establece: "(...) Artículo 5. Para los efectos de esta Ley, se entenderá como: 1. Actividad ilícita: Toda actividad tipificada en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, aún cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente (...)". Ahora bien, fíjese que a pesar de ceñirse al concepto de delincuencia económica, la legislación venezolana mantiene la acción totalmente independiente del proceso penal.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, RAE, 2001, Tomo I, p. 742.

última en una forma de “abuso del derecho” y afectación de derechos fundamentales, cuando, de suyo, ni cabe lógicamente hablar del abuso del derecho y mucho menos de modificación de derechos fundamentales.

Sobre el abuso del derecho, según doctrina de las obligaciones, una persona incurre en esta hipótesis cuando *causa daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo*³. Esto implica que quien ocasione el supuesto daño está haciendo uso de un derecho otorgado legalmente, pues, al ser excesivamente egoísta, se hace antisocial, irregular y anormal, lo que genera obligatoriamente responsabilidad civil. Si revisamos con detenimiento en qué consiste el ejercicio de la acción de extinción de dominio, no es ni un apalancamiento de un derecho subjetivo del Estado ni siquiera de los Ministerios Públicos fiscales del continente. Por tanto, hacer mención al abuso del derecho luce como desenfocado desde el plano tanto conceptual como teleológico.

Y más todavía es desfigurativo el argumento, cuando nos dice que puede “afectarse derechos fundamentales”, cuando sabemos de suyo que, al abordarse la dimensión adjetiva de la ED, estamos en presencia de lo que CHIOVENDA en su sistema de acciones califica como “acción mero-declarativa”, puesto que, se solicita a la autoridad judicial que por vía de decisión se establezca una certeza ante la falta de esta⁴. La falta de certeza es sobre si el bien nació de una actividad “ilícita” o “lícita”, y dependiendo de lo probado en autos, se dilucidará dicha incertidumbre. Por tanto, mal puede asomarse que la ED “afecta derechos”, pues, si algo más bien despeja la acción bien presentada es si la propiedad como derecho se concretó o no dependiendo de la conducta ilícita para su adquisición o empleo posterior de los bienes.

- La norma vigente “crea una generalidad que va más allá de la sólo acción penal y que abre la posibilidad de otro tipo de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, como ocurre con el derecho administrativo sancionador” (p. 4). Nos introduce este párrafo a una peligrosa tautología al identificar que la ED está vinculada a la “acción penal”, lo cual, además de ser un falseamiento por error de identidad entre los objetos definidos, cierra la puerta para los modelos subjetivos o elásticos, éstos, precisamente separados de cualquier noción del delito. Sorprende mucho que la propia propuesta en varios párrafos asevere las características consolidadas de la ED (*actio in rem*, separación de la ilicitud de la punibilidad, etc.), más sin embargo, de forma grotesca -no hay otra manera de calificarlo- me apunte que la genuina ED es la que propugna

³ Al respecto, véase PITTIER SUCRE, Emilio. “El abuso del Derecho”, en: AAVV. *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007, pp. 561-604. URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. “Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal”, en: *Temas de Derecho civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*. Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo II, pp. 639-723.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Bosch Editores, traducción de Santiago Sentís Melendo, 1949, Tomo I, p. 143.

la reforma del artículo 3.1, agregándole el mote de “delictiva” a la acción u omisión contraria al ordenamiento.

- Entender que la “extinción de dominio como una limitación constitucionalmente válida al derecho de propiedad” (p. 5). Prosigue con la deformación de hacernos ver que la ED limita el derecho de propiedad, cuando, como se explicó, ni limita ni extingue ni mucho menos constituye un derecho de propiedad a favor del Estado. Simple y llanamente se otorga certeza a una duda sobre si el bien ha sido causado por actividad lícita o ilícita, o bien, de haber nacido lícito, devino en ilícita por la destinación hacia actividades reprochables. La ED no es una acción constitutiva ni de condena. Lo peor del asunto es que textualmente establecen:

“(…) De igual manera, se debe señalar que si bien la figura de la extinción de dominio es un proceso independiente y autónomo del proceso penal. Es importante que como figura contra el crimen organizado cumpla con la naturaleza de responsabilidad penal, la cual se basa en requerir la figura de la culpabilidad de la acción. La persona que ejecuta la acción que da lugar al inicio al proceso de extinción de dominio debe pertenecer a una organización criminal y mediante su accionar delictivo debe generar ganancias pecuniarias, generando pérdidas a los ciudadanos y al Estado Peruano (…)” (p. 5).

Reduce al *absurdo toda la teoría que sustenta a la ED*, pues, nos hace ver tres errores epistemológicos. El primero, que afirma de la independencia y autonomía del proceso penal, pero, debe precisarse la responsabilidad penal, lo cual, desconoce el concepto de *actio in rem*. Segundo, que es obligatorio que el sujeto detentador de los bienes contra el cual se ejerce la ED, sea de una “organización criminal”. Recordemos que para calificar a un sujeto perteneciente al crimen organizado OBLIGATORIAMENTE debe sentenciarse penalmente, con una decisión -tras un proceso penal garantista y plena prueba- que demuestre la culpabilidad. Tercero, que por ser organización criminal debe generar ganancias pecuniarias, generando pérdidas a los ciudadanos y al Estado Peruano. Entonces, de ser así, ¿cómo se califican a los funcionarios públicos que cometieron delitos contra la cosa pública que haya generado esas “pérdidas”, si precisamente no pertenecen a organizaciones criminales? ¿Son exentos de responsabilidad penal? ¿Y el caso de los terceros considerados más que testafierros? ¿Podría aplicarse extinción de dominio a estos terceros? ¿Y el caso de los menores de edad? Sencillamente es absurda las previsiones que están establecidas en este párrafo, que, además, se contradice abiertamente.

Pero, lo que era un ejercicio de desnaturalización vedada, termina asumiendo una franqueza de la cual debería, los actores peruanos vinculados a la extinción de dominio, resaltar para fundamentar el rechazo a la reforma. Establece el mismo proyecto, en su página 13:

“(…) El presente proyecto de ley busca presentar un cambio a favor de proteger la figura de la extinción de dominio, proponiendo que no se pierda su concepción como herramienta contra los bienes obtenidos mediante actividades delictivas, recomendando enfocarse únicamente en propiedades con origen de ilícitos penales.

De esta manera la extinción de dominio se regirá exclusivamente a la investigación y persecución de los muebles e inmuebles obtenidos de actividades ilícitas, yendo en simultáneo con la constitución de la pena del investigado manteniendo su característica de proceso autónomo.

La presente iniciativa legislativa busca perfeccionar la regulación de la respuesta del Estado frente al enriquecimiento indebido por parte de organizaciones criminales, buscando obtener un beneficio positivo de los bienes de origen ilícito; procurando generar un beneficio para la entidad que se encarga de la investigación y persecución de organizaciones criminales, como es el Ministerio Público; permitiendo que siempre cuente con las herramientas necesarias para sancionar la conducta delictiva (...)"

Estas expresiones de vincular de una forma subordinada la extinción de dominio a la punibilidad, generan las mismas consecuencias encontradas en la argumentación de la sentencia 315 de fecha 28 de abril de 2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. Como apuntamos en esa oportunidad⁵, es una típica falacia *ignoratio elenchi* (conclusión inatinentemente por ignorancia del asunto), colegir que la ED sea intrínsecamente parte de ilícitos penales, pues, de ocurrir, como en efecto se vislumbra de la reforma en el Perú, estaríamos ante un evidente fraude que como bien lo explica la Procuraduría General del Estado del Perú, en el informe detallado en rechazo al proyecto⁶, implicaría retrotraer la extinción de dominio hacia el modelo superado de la Ley de Pérdida de Dominio. Su principal error fue exigir la culpabilidad previa en sentencia penal para posteriormente proceder a perseguir bienes por extinción de dominio.

2. PROGRESIVIDAD EN EXTINCIÓN DE DOMINIO.

La modificación legislativa identificada coloca a la ED en un dilema que, sería positivo, prever una consulta constitucional si en el Perú se permite legal y jurisprudencialmente. En Venezuela, por disposición de la Constitución de 1999, puede solicitarse ante la Sala Constitucional un recurso de interpretación del texto constitucional a los fines de dilucidar una controversia frente a una situación inconcreto. Aunado a ello, revisando la opinión de la procuraduría especializada en

⁵ Véase URBINA MENDOZA, Emilio J. “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración en Venezuela, a propósito, de la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 173-174, enero/junio 2023, pp. 365-366.

⁶ PROCURADURÍA GENERAL DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ-PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS. *Informe técnico n° 02-2023-IN-PLA-MSM*, de fecha 20 de marzo de 2023, suscrito por el Procurador Público Especializado en Lavado de Activos, Miguel Ángel Sánchez Mercado, pp. 8-9.

ED, sobre el retrotraer la acción hacia un “sistema desfasado”⁷, nos sitúa ante la interrogante ¿existe un principio de progresividad de la acción de extinción de dominio?

Este cuestionamiento nos luce capital, pues, si reconocemos a nivel de América Latina que la ED posee dos esferas (sustancia y adjetiva)⁸, debemos identificar a la primera de naturaleza constitucional, mientras que, la segunda, típicamente civil-patrimonial. En el derecho constitucional vinculado con los derechos fundamentales, existe el denominado principio de progresividad de los derechos, esto implica que una vez que evoluciona las manifestaciones de protección jurídica del derecho en cuestión, está prohibido al Estado retrotraerse hasta etapas superadas donde la efectividad del cumplimiento de este estaba limitada⁹.

Y como estamos ante un caso de verificación de certeza sobre la consolidación o no del derecho de propiedad, en razón de la ilicitud del bien (sea por su origen o destinación), retrotraer la acción en su arista constitucional hacia manifestaciones superadas, implicaría una violación flagrante del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como, un evidente menoscabo al interés general que atañe a todos el hecho de no tolerar bienes que hayan sido producto de actividades ilícitas y deshonestas.

Si en su origen la ED en un Estado basaba su concepto de actividad ilícita en un catálogo cerrado de conductas reprochables, por ejemplo, en la tipicidad de legislación penal, debía concebirse que se había conciliado con los modelos denominados “objetivos” o de catálogo cerrado. Ahora bien, ese concepto puede perfectamente evolucionar en futuras reformas legítimas de dicho Estado, siempre que, el nuevo instrumento fuera mucho más eficaz y eficiente que el superado. Y una vez contemplado una lista abierta, como es el caso del Decreto Legislativo 1373 de 2019, pudiera considerarse atentatorio del principio de progresividad este tipo de modificaciones, lo que abriría la puerta para que, la justicia constitucional peruana, se

⁷ *Ibidem*.

⁸ Véase SANTANDER ABRIL, Gilmar Giovanni. “Distinciones esenciales para comprender el instituto de la extinción de dominio”, en: *EDAR: Extinción de Dominio: Análisis y Reflexiones*. Quito, Fiscalía General del Estado de la República del Ecuador, 2023, pp. 3-6.

⁹ La bibliografía sobre el principio de progresividad de los derechos humanos ha sido copiosa, sobre todo, desde finales de los años 80 del siglo pasado. La Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en su artículo 26 este principio bajo los siguientes parámetros: “(...) Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (...)”.

encargara de declarar la nulidad de la reforma por ser contraria a las disposiciones inviolables del principio de la progresividad.

3. POLÍTICA LEGISLATIVA Y REGRESIVIDAD.

Casos como estos, de reformas unilaterales precisadas por los Estados, sea por vía legislativa o jurisprudencial¹⁰, implica en cierta medida una forma de regresividad en la extinción de dominio bajo el escudo de la soberanía nacional. Como hemos indicado en varias oportunidades, una vez que la Ley Modelo de Extinción de Dominio del programa de ONUDC ha logrado consolidarse en la región, dicho instrumento debería evolucionar hacia un protocolo de seguimiento, pues, aunque exista cierta resistencia entre la comunidad jurídica, es innegable la existencia de un “*ius commune*” de extinción de dominio latinoamericano.

Esta suerte de **derecho común de extinción de dominio**, por colocarle un mote, posee elementos característicos que son irreversibles, o por lo menos, no susceptibles de regresividad. Uno de estos puntos neurálgicos sería la concreción de un *principio de la progresividad de los modelos de extinción de dominio o de no regresividad*, como prefiera la tradición jurídica del país afectado. Urge consolidar algunos criterios dentro de la comunidad de conocimiento, a los efectos de generar doctrina y a su vez influir directa o indirectamente en los precedentes jurisprudenciales constitucionales en materia de extinción de dominio.

4. CONSIDERACIONES FINALES.

Nos sumamos a los razonamientos expuestos por la Procuraduría General del Estado del Perú en su *Informe técnico n° 02-2023-IN-PLA-MSM*, de fecha 20 de marzo de 2023, suscrito por el Procurador Público Especializado en Lavado de Activos, Miguel Ángel Sánchez Mercado.

Nuestra opinión busca coadyuvar argumentalmente para que no se apruebe el despropósito que trae ínsito la citada reforma del Decreto Legislativo 1373 de extinción de dominio, como es la regresividad del instituto, esto último, prohibido en virtud del principio de progresividad de la ED. Sería positivo, a los efectos de prestar la debida colaboración entre diferentes países, que podamos consolidar las bases dogmáticas del derecho común de extinción de dominio latinoamericano.

¹⁰ Como ocurrió en los casos de México y Ecuador, con sus respectivas justicia constitucional. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, Emilio J. ... “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina”, pp. 357-360. También, JIMÉNEZ TAPIA, Rafael S. y URBINA MENDOZA, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 128-134.