



Organización de los
Estados Americanos
Más derechos para más gente

LA EMANCIPACIÓN DEL COMISO DEL PROCESO PENAL: SU EVOLUCIÓN HACIA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y OTRAS FORMAS DE COMISO AMPLIADO

Gilmar Giovanny Santander Abril
Fiscal contra el lavado de activos y para la extinción de dominio

Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT)
Secretaría de Seguridad Multidimensional (SMS)
Organización de los Estados Americanos (OEA)

Índice Temático

I.	Introducción	4
II.	Sistemas de afectación de bienes	10
A.	Afectación real.....	14
B.	Afectación personal.....	17
C.	Afectación mixta basada en la imputación penal.....	20
III.	Comiso penal	20
A.	Distinción frente a otros institutos.....	22
1.	Confiscación.....	24
2.	Decomiso administrativo	26
3.	Embargo o aseguramiento de bienes	28
4.	Incautación	30
5.	Recuperación de activos	31
6.	Extinción de dominio	34
B.	Discusiones sobre la naturaleza jurídica del comiso	37
1.	Naturaleza jurídica punitiva: el comiso como pena.....	40
2.	El comiso como medida de seguridad	48
3.	El comiso como consecuencia civil de la conducta punible.....	51
4.	El comiso como consecuencia accesoria	54
5.	Naturaleza del comiso y sistema adversarial.....	60
C.	Evolución y clasificación del comiso	62
1.	De acuerdo con los criterios básicos de valoración	68
a)	Comiso por el origen ilícito de los bienes.....	69
b)	Comiso por destinación ilícita	70
2.	De acuerdo con la relación del bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal	71
3.	Comiso directo o tradicional.....	73
a)	Comiso de bienes producto del delito.....	75
b)	Comiso de bienes que constituyen el objeto material del delito.....	80
c)	Comiso de bienes utilizados como medios o instrumentos del delito	85
d)	Comiso de bienes destinados a actividades ilícitas	90

4.	Comiso indirecto o de bienes sin relación directa con el delito	93
a)	Comiso por transformación o sustitución	95
b)	Comiso de bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos	99
c)	Comiso de bienes por valor equivalente	104
d)	Comiso de ganancias, réditos, frutos y rendimientos - “confiscación”	109
e)	Comiso ampliado, extendido o de bienes sin justificación lícita razonable	113
f)	Del denominado “Comiso de bienes de terceros”	128
5.	Comiso <i>in rem</i> o sin dependencia del proceso penal	139
a)	Comiso sin condena.....	142
b)	Extinción de dominio.....	151

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

LA EMANCIPACIÓN DEL COMISO DEL PROCESO PENAL: SU EVOLUCIÓN HACIA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y OTRAS FORMAS DE COMISO AMPLIADO*

Gilmar Giovanni Santander Abril

Fiscal contra el lavado de activos y para la extinción de dominio

I. Introducción

Reflexionar sobre la evolución de la persecución de bienes ilícitos en América Latina y la visualización de sus perspectivas, es una tarea que hoy en día resulta inaplazable, pues a pesar que el tradicional comiso o decomiso penal (en adelante comiso) suele ser visto en algunas latitudes como la “cenicienta” de las instituciones penales, pues aún en la mayoría de ordenamientos jurídicos se sigue tratando como un instituto poco relevante, se debe reconocer que su importancia y potencial tiende a ser cada vez más valorado, en especial, en aquellas jurisdicciones donde la criminalidad presenta sus expresiones más extremas. Sin embargo, aún son pocos los sistemas jurídicos que han impulsado profundas transformaciones frente a este tema, con el fin de incrementar su eficacia para contrarrestar las nuevas expresiones de impunidad, sin sacrificar las garantías mínimas de los derechos de contradicción, oposición y defensa.

Y es que para entender la relevancia del comiso se debe tener en cuenta que las tendencias actuales de lucha contra la criminalidad han llevado a redefinir el concepto de “impunidad”, pues se requiere superar la tradicional idea penal de aquella “conducta ilícita que queda sin castigo”, para

extender el concepto al ámbito patrimonial; se reconoce así, que también resultan impunes aquellas acciones que conllevan un producto o ganancia ilícita, cuando, a pesar de existir una respuesta penal, los bienes ilícitos queda para el pleno disfrute del delincuente, su familia o su organización; o, en función de la promoción, financiación o ejecución de nuevas actividades delictivas.

Esta forma de impunidad reviste graves consecuencias, pues como lo reconoce Walter Delgado y Tomás Gálvez en la doctrina peruana, la inoperancia de las autoridades de justicia en esta materia deja incólume el delito¹ y se traduce en un nefasto mensaje a la sociedad, de que delinquir “sí vale la pena”; pues a pesar que el delincuente cumple en algunos casos con una pena de prisión, sus ganancias ilícitas, que en la mayoría de casos constituyen la principal motivación de su proceder antisocial, permanecen incólumes.²

Desafortunadamente, aún algunas legislaciones suelen ver la persecución de los bienes ilícitos como un asunto secundario o intrascendente, al punto tal, de ser considerado como un tema

¹ Al respecto, los citados autores señalan: “En efecto, debemos entender que la gran mayoría de los delitos, sobre todo los delitos económicos, financieros, contra el patrimonio, contra la administración pública etc., tienen como móvil el ánimo de lucro de sus agentes, y por ello mismo, agotar los fines del proceso penal en la búsqueda de la concreción de la pretensión punitiva, deja incólume el móvil del delito (el ánimo de lucro), por lo que aun cuando eventualmente se pudiese concretar dicha pretensión (inclusive con una pena efectiva), ello no revestiría efecto preventivo alguno.” (Delgado Tovar, Walter Javier; Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Las pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal; Lima. Jurista Editores. 2013. Pg. 18)

² Como bien lo destaca en Uruguay Ricardo Pérez, el problema de la criminalidad es un asunto de estimación de riesgos por parte del delincuente, que son asumidos sin importar la amenaza de prisión o de muerte, atraídos por las ventajas económicas que puede dejar el delito. Al respecto destaca: “Cuando los beneficios económicos que el delito puede reportar son de tal magnitud, puede decirse que la eventualidad de la prisión como resultado de la persecución penal, aparece como un riesgo calculado por el delincuente. Las ganancias a obtener pasan entonces a justificar el riesgo.” (Pérez Blanco, Ricardo; La Naturaleza Jurídica del Decomiso. Documento Cicad, 2011. Pg. 2)

marginal, como bien resalta en Colombia Manuel Restrepo con relación a la aplicación del comiso penal³, hecho que hace que éste instituto sea un tema que frecuentemente es excluido de cualquier discusión de tipo dogmático, pues se percibe bajo la errada idea de que éste es un asunto accesorio del proceso penal, cuando en realidad los estatutos penales lo reconoce como un instituto de derecho penal sustancial de primer orden, es decir, como una pretensión adicional e independiente de la pretensión punitiva, pero de similar naturaleza jurídica, cuyo reconocimiento se condiciona a la existencia de bienes comprometidos con un delito.

Este desprecio por el comiso se ve reflejado en las conclusiones de los estudios de impacto de la criminalidad. Por ejemplo, en el año 2011, la Organización de Naciones Unidas presentó un informe sobre la estimación de los flujos financieros del narcotráfico y otros delitos asociados al crimen organizado transnacional, donde se hace un intento de calcular las utilidades anuales de la criminalidad⁴. Este estudio arrojó como resultado una serie de cifras que deben causar profunda preocupación en todos los países, ya que calcula los ingresos del crimen organizado entre un 2.3 al 5.5 del PIB Mundial; y si bien esta cifra puede generar preocupación, no es tan grave como aquella relacionada con la efectividad en la persecución de los patrimonios ilícitos, pues el dato de este estudio que

³ Sobre el particular, este autor colombiano precisa que la funcionalidad del comiso era eminentemente práctica para asuntos de poca relevancia, al indicar que: *“El comiso, que para el derecho penal clásico tenía una importancia marginal, bajo el entendido de que en razón de la declaración de responsabilidad penal el Estado le imponía al responsable, como pena accesorio a la principal, la privación del dominio sobre los bienes empleados para la comisión del delito o que provinieran de su ejecución, ya fuera para ser destruidos por razón de su peligrosidad o para evitar que ellos se emplearan nuevamente para la ejecución de otros delitos...”*. (Restrepo Medina, Manuel Alberto. Instrumentalización cautelar del Comiso. En Estudios Socio Jurídicos. Bogotá D.C. 2006. Pg. 152).

⁴ Naciones Unidas; Estimando los flujos financieros ilícitos del tráfico de drogas y otros delitos transnacionales; 2011 Pg. Xvii.

mayor alarma debería despertar, es aquel que señala que menos del 1% de esas ganancias ilícitas, logra ser recuperado o incautado por las autoridades.

Desafortunadamente, esta cifra no suele despertar mayor reacción, pues los problemas de ineficacia de los sistemas jurídicos para contrarrestar los efectos del delito no son novedosos. Sin embargo, este dato nos permite llegar a una conclusión más delicada aún, ya que una lectura lógica nos obliga a reconocer que la criminalidad logra conservar más del 99% de sus ganancias ilícitas, cifra que al ser analizada desde un contexto práctico, nos lleva a preguntar sobre ¿cuál es el destino final de tan exorbitante utilidad? Sin duda, la corrupción pública y privada, la financiación de la violencia, la desestabilización de la economía, la disminución de las actividades productivas lícitas, el incremento de la brecha social, la promoción de la cultura de la ilegalidad, la generación de burbujas inflacionarias, entre otros graves problemas de orden económico, político, social y cultural, serían tan solo algunas de las respuestas más coherentes que surgirían tras este interrogante⁵.

⁵ Este es un problema que viene siendo analizado desde la perspectiva constitucional por distintos tribunales de justicia a lo largo del continente; por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha abordado esta problemática destacando lo siguiente:

“Es que la riqueza ilícita genera graves consecuencias para el Estado y la sociedad; así, entre otras situaciones:

- Produce un incremento vertiginoso de la delincuencia, en especial de la criminalidad violenta.
- Crea una economía subterránea con competencia desleal.
- Induce a la corrupción pública y penetra en las instituciones estatales, socavándolas.
- Modifica los patrones socio-culturales a partir de la adopción de modelos de vida negativos.” (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia; Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013 del 19 de abril de 2013. M.P. Macario Lahor Cortez Chávez)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos⁶, pues ante los altos niveles de “impunidad patrimonial” que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legislaciones no se prevé un procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “sí vale la pena”.

En otras palabras, si en los delitos de motivación económica, la pretensión punitiva no se acompaña de una pretensión patrimonial sobre los bienes ilícitos, la pena de prisión va a obrar como una tipología más de lavado de activos donde se instrumentaliza el sistema de justicia para asegurar el disfrute de los recursos ilícitos, pues después de que el proceso penal concluye, los hechos ilícitos suelen quedar cobijados bajo el amparo de la garantía de cosa juzgada, ya que en la mayoría de países no se puede estructurar una pretensión patrimonial más allá de las fronteras de la actuación penal, lo que sin duda

⁶ Sobre el particular, el fiscal uruguayo Jorge Díaz, resalta lo siguiente: “En efecto, las personas dedicadas al tráfico ilícito de drogas asumen en su actividad tres riesgos fundamentales: perder su libertad ambulatoria, el cargamento de tóxicos y los beneficios económicos obtenidos de su actividad ilícita. La experiencia indica que si bien no quieren que ninguno de esos tres riesgos se concrete, al que más le temen es al tercero. Los beneficios económicos de la actividad ilícita es la finalidad última de las actividades del crimen organizado, por lo que en estos casos la pena privativa de libertad no cumple con la finalidad de prevención general y aun de prevención especial que se les ha asignado.” (Adriasola, Gabriel, Díaz, Jorge, Villegas Álvaro. Crimen organizado y lavado de dinero en la Ley 18.494. Carlos Álvarez Editor; Montevideo, 2010. Pg. 176)

constituye una de las más preocupantes paradojas de los sistemas penales en la actualidad.

Sin embargo, dentro del contexto internacional, son varias las figuras que extienden la posibilidad de declarar el comiso penal sobre bienes de origen o destinación ilícita más allá de la responsabilidad penal, e incluso, superando los límites del proceso penal, reconociendo que los efectos patrimoniales de los delitos no pueden restringirse solo al ámbito penológico, como erróneamente suele encasillarse, como quiera que este es un tema que en la actualidad trasciende la responsabilidad individual para irrumpir en ámbitos normativos, sociales, económicos o culturales de un país, que, al igual que la amenaza punitiva, también cumplen una función disuasiva y contribuyen al control y reacción social contra las diversas manifestaciones de la criminalidad moderna.

Es por ello que en el presente estudio se realizará una breve reseña de la evolución del comiso penal hacia nuevas instituciones que actúan de forma autónoma e independiente de la responsabilidad penal o del proceso penal, revisando los principales puntos de discusión sobre los temas asociados a la pretensión patrimonial sobre bienes ilícitos. De la misma forma, se penetrará en el análisis de los principales fundamentos de legitimación de la afectación de bienes, hasta llegar a los fundamentos actuales de las dos figuras que se erigen como la expresión evolutiva del comiso penal: la extinción de dominio en Latinoamérica y el comiso ampliado en Europa; analizando en cada caso los aspectos distintivos de estas figuras con relación a las tradicionales formas de comiso penal.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

II. Sistemas de afectación de bienes

Previo a reflexionar sobre la evolución del comiso penal, se hace necesario realizar una precisión sobre los alcances y límites de algunos institutos relacionados con la afectación de bienes dentro de un proceso judicial o administrativo. Desafortunadamente, es frecuente encontrar en distintas legislaciones de Latinoamérica, que al comiso penal se le imponen fines muy distintos a los inherentes a su naturaleza jurídica⁷, otorgando así el carácter de instituto multipropósito del cual se abusa para incautar bienes que pueden cumplir diferentes funciones dentro de un proceso penal, convirtiéndolo en un instrumento multifuncional de efectos omnicomprensivos, lo cual constituye una mala práctica⁸ que produce inseguridad jurídica, limita las posibilidades de oposición y defensa, genera enormes costos al Estado desde el punto de vista de la administración y custodia de los bienes incautados y termina deslegitimando las figuras concebidas para la persecución de bienes ilícitos.

Desafortunadamente, el comiso penal se suele utilizar, de manera anti técnica, para propósitos muy distintos a los de su

⁷ Algunas legislaciones se caracterizan por tener malas prácticas que asemejan los fines de la investigación patrimonial con los fines del comiso penal. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la utilidad de este tipo de investigación, no solo se restringe a la identificación de bienes pasibles de comiso, sino que además, cumple múltiples propósitos que van desde la identificación de información y pruebas que permiten la demostración de la conducta punible o el compromiso de responsabilidad de algún imputado; pasando por la identificación de los nexos de relación que usualmente se requiere en el proceso penal entre hechos, bienes y personas; hasta llegar a la identificación de bienes que permiten satisfacer las pretensiones civiles de restablecimiento del derecho, reparación del daño o el pago de indemnizaciones o multas, entre otros fines prácticos.

⁸ Un problema recurrente en la mayoría de países es la existencia de grandes inmuebles (Bodegas, parqueaderos, edificios, etc.) repletos de bienes incautados o asegurados cuya funcionalidad o importancia dentro de un proceso judicial es incierta y su situación jurídica nunca se define; pues se acude a la mala práctica de incautar para investigar, es decir, sin una finalidad específica; en lugar de investigar previamente para incautar, teniendo frente al bien una pretensión concreta de utilidad procesal.

verdadera naturaleza jurídica, como por ejemplo, para que cumpla fines probatorios⁹; de restablecimiento del derecho o recuperación de activos¹⁰; de indemnización de perjuicios; de destrucción, entre otros. Por ello, no en todas las legislaciones el comiso se encuentra depurado para cumplir sólo su tradicional función de privar al delincuente de aquellos bienes que son producto, objeto o ganancias del delito, o de aquellos destinados o usados como medios o instrumentos para tal fin.

Realmente, este tratamiento multifuncional del comiso penal constituye una mala práctica que ha llevado a que en muchos países exista una deformación de la figura, problema que se agrava con la ausencia de definiciones técnicas frente las distintas clases de afectaciones o circunstancias en las que se

⁹ Se debe tener en cuenta que "bien" (objeto de comiso) y "elemento de prueba", no son sinónimos, a pesar que la afectación dentro del proceso penal pueda tener esa doble funcionalidad; es decir, un bien puede ser pasible de comiso penal y a su vez, puede constituir fuente de prueba. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las evidencias se deben recolectar técnicamente y tienen que ser custodiadas en los almacenes de evidencia, preservando la garantía de autenticidad; por ejemplo, el computador que es incautado en una oficina oficial para recolectar evidencia digital sobre un fraude. Lo relevante para el proceso es la información (elemento de prueba) y no el computador como bien, el cual debe ser restituido a su propietario, a menos que sobre él concurren circunstancias fácticas que permitan estructurar una pretensión de comiso o extinción de dominio. Por su parte, los bienes pasibles de comiso se incautan, ocupan o intervienen y se deben preservar o administrar a través de los distintos sistemas de administración que consagre la legislación para tal fin; por ejemplo: contratación, conservación, enajenación, administración por terceros especializados, etc.

¹⁰ Es importante destacar que una de las garantías de los principios de justicia y de tutela jurisdiccional efectiva, es precisamente la de pretender "el restablecimiento del derecho", buscando que las cosas vuelvan a un estado predelictual, concepto que después de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se ha venido asociado a la idea de "recuperación de activos", aplicable a aquellos delitos en los cuales la víctima, individual o colectiva, ha sido despojada de sus bienes o derechos, como sucede, por ejemplo, en las conductas de peculado o malversación de fondos, secuestro, extorsión, hurto, estafa, o en algunas conductas contra el medio ambiente, entre otras. Si bien para el delincuente dichos bienes pueden constituir el producto o las ganancias del delito y, por tanto, se encontrarían bajo una circunstancia de comiso penal, dicho reconocimiento sería un acto injusto "revictimizante" para quien afrontó el acto de despojo, por lo cual, la pretensión de restablecimiento del derecho o de recuperación de activos, debería ser siempre independiente y prevalente, frente a la pretensión de comiso o de extinción de dominio, según el caso.

pueden encontrar los bienes dentro del proceso penal; con lo cual, el término “comiso”, suele confundirse con los conceptos de incautación, aseguramiento, confiscación, embargo, secuestro, recuperación de activos, entre otros, a pesar que algunos instrumentos internacionales han contribuido ampliamente a aportar elementos que permiten realizar las correctas precisiones conceptuales para definir los límites y alcances de esta figura jurídica.

Esta concepción multipropósitos, obedece en parte, a la falta de definición clara del objeto sobre el cual recae, pues en la mayoría de países de Latinoamérica, la idea ha estado determinada por la utilización de términos a los que los códigos reconocen distintos propósitos. Nos referimos, por ejemplo, al término “efecto” del delito; el cual es común en la mayoría de países con influencia de la ley penal española, pues dicho vocablo se acuñó desde las primeras formas de comiso adoptadas en el Código Penal español de 1822 y, a partir de ahí, ha sido constante en todas las legislaciones que se han nutrido de esa cultura jurídica.

Si existe un concepto que dentro del contexto latinoamericano pueda ser calificado como complejo y problemático, es precisamente el de “efecto del delito”, pues bajo esta denominación se suele incluir la afectación de cualquier “cosa”¹¹ vinculada con un delito; y, a pesar que parte de la

¹¹ Para entender de mejor forma cuáles bienes serían pasibles de una decisión de comiso, resulta oportuno resaltar las reflexiones que realiza la doctrina civil especializada sobre los conceptos de bien y cosa. Al respecto, Velásquez Jaramillo destaca como, desde los romanos, el concepto de cosa se fundaba en la idea de la utilidad que le brinda a los seres humanos y de ahí su carácter de apropiable. Sin embargo, precisa que el concepto de bien tiene mayor relevancia jurídica, pues *“Únicamente la cosa que está dentro del patrimonio de un sujeto de derechos y que además tiene características pecuniarias y económicas, merece el calificativo de bien”* (Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes; Editorial Temis, Bogotá. Pg. 2.)

doctrina ha pretendido definir su objeto y límites¹², la práctica judicial y policial latinoamericana se ha desarrollado al margen de cualquier precisión de tipo técnico o conceptual. De ahí que resulte útil indagar sobre los elementos diferenciadores que existen entre las distintas formas de afectación de bienes, para lo cual se hace necesario identificar los fundamentos, objeto y fines de las distintas figuras que suelen asociarse al tema de la pretensión de bienes dentro del proceso penal.

Es por ello que este análisis parte de un sencillo ejercicio taxonómico que intenta identificar las distintas clases de afectación de bienes dentro de un proceso judicial o administrativo. Para ello, se parte de la idea de que todas las figuras jurídicas asociadas con la problemática de la persecución de bienes ilícitos, a pesar de presentar características comunes, permiten identificar elementos distintivos que revisten de identidad a su objeto, definen sus fines y presentan distintos fundamentos de legitimación¹³. Es por esta

¹² A pesar de los trabajos jurídicos que existen frente a tema, no se puede asegurar que existe un consenso doctrinal sobre el contenido y los alcances de los efectos del delito, pues mientras importantes estudios consideran que dicha discusión está zanjada y como tal se deben entender “...los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción (v.g. el dinero falsificado)” (Patricia Vargas. Tesis doctoral: El Comiso del Patrimonio Criminal, 2012. Pg. 98), lo que en principio excluiría de tal tratamiento a los bienes objeto del delito, los medios e instrumentos y las ganancias del mismo; se debe reconocer que el estado de la cuestión no es tan claro, pues importantes voces expertas en el tema presentan argumentos válidos para comprender también bajo ese concepto los bienes objeto del delito (Gascón Inchausti. El decomiso transfronterizo de bienes. Editorial Colex; Madrid, 2007. Pg. 62) e incluso, extenderlo también, como lo destaca José Ignacio Gallego Soler, a “...todos los bienes o cosas que se encuentran en poder del delincuente -mediata o inmediatamente- como consecuencia de la infracción.”, postura que si bien no responde a una clasificación técnica, sí se puede reconocer como predominante en la práctica judicial y policiva latinoamericana.

¹³ Con esta clasificación no se pretende desconocer ni renunciar a la tradicional clasificación de los bienes objeto del comiso penal, ya sea por su relación directa con el delito (producto, instrumento o ganancias) o su falta de vinculación directa con este (equivalentes, derivados, de terceros, etc.); sino que por el contrario, se pretende revisar esta clasificación desde un contexto más amplio, atendiendo a la funcionalidad y a los

razón que, atendiendo a estos tres elementos diferenciadores, las distintas figuras e institutos relacionados con la afectación de bienes se pueden adscribir a un determinado sistema de afectación patrimonial. Se identifican así, para tal efecto, tres sistemas: uno de carácter real, otro de carácter personal y un tercero de carácter mixto, sustentado en la pretensión o imputación penal.

A. Afectación real

En el sistema de afectación real, los fundamentos de legitimación que habilitan a que el Estado pueda pretender la limitación de los derechos sobre un bien, se derivan de una circunstancia que se predica del bien mismo. En otras palabras, son las condiciones o características del bien, las que van a justificar que el Estado disponga su afectación, independiente de quien sea su titular.

Corresponde a este sistema la incautación o recolección de bienes con fines probatorios, pues es la vocación probatoria que puede desprenderse del bien la que va a legitimar al Estado para que pueda limitar el derecho a la propiedad, con el fin de cumplir los fines propios de la administración de justicia en un asunto concreto. Sería el caso, por ejemplo, de la incautación de un vehículo con el fin de recolectar evidencias de un accidente; o la incautación de un computador o el celular del indiciado, con el fin de extraer la información jurídicamente relevante para el caso que se está investigando¹⁴.

factores de legitimación que justifican la afectación de un bien dentro de un proceso judicial; es decir, partiendo del interrogante de conocer qué es lo que legitima al Estado a limitar o cuestionar el derecho de propiedad sobre un bien en un caso concreto.

¹⁴ Se debe aclarar que si bien un vehículo, un computador o un celular jamás pueden ser considerados como elementos de prueba o pruebas propiamente dichas, su incautación se legitima por ser la fuente donde estas pueden ser halladas. Para mayor comprensión

Por lo general, este tipo de afectación no conlleva una pretensión de privación del dominio sobre el bien, pues una vez que éste cumpla con su fin probatorio, se debe proceder a su devolución, a menos que sobre el mismo pueda recaer otro tipo de pretensión, como la de comiso penal o su destrucción. Este sistema de afectación es uno de los que genera mayores problemas en los almacenes de evidencias o en las oficinas de administración de bienes, pues se suele abusar de la pretensión probatoria para afectar bienes que no son de interés en el proceso o que su intervención solo resultaría procedente con otra finalidad; es decir, a través de otros institutos, sin necesidad de saturar o congestionar las oficinas o almacenes de administración o custodia.

Así mismo, es propio de este sistema la incautación con fines de destrucción, propio de las formas de comiso de seguridad o peligro (bienes objeto, medios o instrumentos del delito) y del denominado “decomiso administrativo”; es decir, recae sobre aquellos bienes que conllevan un potencial riesgo de lesión o afectación de un bien jurídico de carácter individual o colectivo. Esta forma de afectación recae sobre aquellos bienes que representan un peligro potencial a la seguridad en sus distintas dimensiones: seguridad económica, como los bienes objeto de contrabando, o que son productos de violaciones a la propiedad industrial o de derechos de autor; seguridad pública con relación a aquellos bienes que pueden representar

resulta útil traer la definición de “elemento de prueba” que hace Vélez Mariconde, citado por Cafferata Nores, quien distingue el concepto de elemento prueba del de “bien”, indicando que *“‘Elemento de prueba’, o ‘prueba’ propiamente dicha es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un convencimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.”* (Cafferata Nores, José I. (2007) *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Lexis Nexis, Sexta Edición Buenos Aires).

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

un potencial peligro público, como las armas, explosivos, municiones, equipos de uso militar o restringido, etc.; seguridad ciudadana, con relación a los bienes que pueden afectar a la ciudadanía en general, como las sustancias ilícitas, estupefacientes, medicamentos, alimentos o licores adulterados, entre otros. Generalmente la contención del riesgo potencial que representa este tipo de bienes se neutraliza a través de una orden de destrucción o de una decisión de decomiso administrativo.

También se destacan dentro de este sistema, aquellas formas de comiso sin condena que se centran en circunstancias ilícitas que recaen sobre los bienes y no sobre sus titulares, como el comiso civil o comiso *in rem* de la justicia angloamericana; los supuestos de comiso sin condena de la actual tendencia Europea; las acciones de extinción de dominio de Colombia, Guatemala, México o El Salvador; la privación de dominio de bienes de origen ilícito de Honduras, o la acción de pérdida de dominio del Perú. En este tipo de bienes, la limitación o pérdida del derecho de propiedad se va a legitimar en la ilicitud del origen o destinación del bien y no en la responsabilidad o compromiso penal que pueda tener su titular.

En este sistema también se pueden ubicar los bienes que son objeto de una falta o infracción administrativa, pues su ilicitud viene determinada por la misma ley, como sería el caso de las leyes aduaneras, las disposiciones protectoras de la fauna y el medio ambiente, la normas de policía, entre otras disposiciones que describen qué tipo de bienes se consideran por naturaleza ilícitos. Se hace relación a aquellos bienes que por sus condiciones o características especiales no requieren esperar a que su intervención o incautación proceda en virtud de una investigación de carácter penal. Ejemplo de ello se puede

constatar con el tráfico de fauna silvestre, pues en estos casos, la legislación ambiental suele facultar a autoridades administrativas especializadas para incautar o decomisar administrativamente las especies que lleguen a ser traficadas, para disponer, en lo posible, su protección o reintegro a su ambiente natural; razón por la cual, sólo basta constatar la condición de la especie traficada, para disponer su afectación por vía administrativa, a pesar que dicha especie también pueda ubicarse teóricamente en una circunstancia de comiso penal, por constituir el objeto material de un delito contra la fauna o medio ambiente.

B. Afectación personal

A diferencia del anterior sistema, aquí los factores o circunstancias que legitiman la limitación del derecho a la propiedad se van a predicar del titular del bien y no del bien mismo. En otras palabras, son circunstancias, condiciones o características que recaen sobre el propietario o titular de derechos, las que van a justificar que el Estado disponga la afectación de sus bienes.

Pertenecen a este sistema las medidas cautelares de carácter civil, pues atendiendo a que a la mayoría de bienes se le reconocen una vocación de garantía para el cumplimiento de obligaciones de carácter personal, se puede pretender la limitación del derecho de propiedad sobre los bienes de un ciudadano, cuando este se encuentra obligado en virtud de un derecho de crédito. Es el caso, por ejemplo, de los bienes lícitos del delincuente que son afectados dentro del proceso penal para cumplir con las expectativas económicas de reparación del daño o la indemnización de los perjuicios padecidos por la

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

víctima de un delito; o la afectación de bienes que se requieren para garantizar el pago de la pena de multa. Aquí su afectación no surge por la relación de los bienes con el delito, pues lo que realmente es determinante, es que dichos bienes pertenezcan a quien resulte civilmente responsable por el hecho delictivo que generó el daño que debe ser objeto de reparación o indemnización, o que fue condenado a una pena de multa.

También responden al sistema de afectación personal, aquella privación del dominio sobre los bienes de una persona por vía de la confiscación, figura que se encuentra expresamente proscrita en la mayoría de constituciones modernas¹⁵, entendida esta como aquella privación de carácter definitivo de la totalidad de los bienes de una persona o una parte significativa de los mismos, sin título o compensación alguna, debido a una condición o circunstancia predicable del titular de dichos bienes, históricamente asociado a la calidad de delincuente, rebelde, enemigo, traidor, hereje, entre otros. En términos más sencillos, aquí la pretensión patrimonial no se va a sustentar en la licitud o ilicitud del bien, sino en las condiciones o calidades de su titular.

Existen también institutos que pueden ser considerados mixtos que tienen prevalencia del sistema personal. Sería el caso de algunas formas de comiso sin condena, y los eventos donde se deba dar aplicación al denominando comiso indirecto, también conocido como comiso de bienes por valor sustitutivo, equivalente o correspondiente. Frente al primer evento, el bien

¹⁵ A pesar que el concepto de “confiscación” ha sido objeto de rechazo en la mayoría de constituciones latinoamericanas, dicho vocablo sigue siendo empleado como sinónimo de comiso o decomiso penal en distintas partes del mundo, como es el caso de Uruguay, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Puerto Rico, entre muchos otros.

no solo debe ser de origen o destinación ilícita, sino que además debe concurrir alguna circunstancia que imposibilite la comparecencia de su titular al proceso, ya sea por muerte del investigado, su contumacia o rebeldía. Ejemplos de este esquema, lo constituyen el comiso de pleno derecho de la legislación uruguaya¹⁶, y la primera forma de extinción de dominio que existió en Colombia¹⁷, donde la consecuencia jurídica se imponía por un acto omisivo o de abandono del titular, al no reclamar oportunamente sus bienes, independiente de una declaratoria previa de la licitud o no de su origen o destinación.

También se puede ubicar dentro de este sistema el comiso sobre bienes por valor equivalente, el cual recae sobre aquellos que son lícitamente adquiridos por una persona, quien a su vez es titular de bienes que estarían comprendidos dentro de una circunstancia de comiso o enmarcados dentro de una causal de extinción de dominio, los cuales no pueden ser identificados, localizados o afectados materialmente. En esta figura, si bien se deben verificar algunas condiciones de carácter real, como la licitud del bien y su valor correspondiente al valor de algún bien ilícito, lo que realmente resulta prevalente, es que la no

¹⁶ Ley 18.484 de 2009. Artículo 63.4. *"Decomiso de pleno derecho. Sin perjuicio de lo expresado, el tribunal penal competente, en cualquier etapa del proceso en la que el indagado o imputado no fuera habido, libraré la orden de prisión respectiva y transcurridos seis meses sin que haya variado la situación, caducará todo derecho que el mismo pueda tener sobre los bienes, productos o instrumentos que se hubiesen cautelarmente incautado, operando el decomiso de pleno derecho."*

¹⁷ La primera forma de extinción de dominio que existió en Colombia era de carácter procesal penal, introducida a través del Decreto Ley 2790 de 1990, que en su artículo 55 establecía que: *"Los derechos reales principales y accesorios sobre los bienes incautados u ocupados por razón de los delitos a que se refiere el artículo 9o. de este Decreto como de competencia de la jurisdicción de Orden Público se extinguirán a favor del Estado, si transcurrido un año desde la fecha de su citación para que comparezcan al proceso a ejercer su defensa respecto de los titulares inscritos, éstos no comparecen, o desde su aprehensión cuando se trate de bienes sin dueño aparente o conocido, o no requieran de inscripción para su constitución."*

protección al derecho de propiedad de bienes adquiridos lícitamente solo proceden porque pertenecen al mismo titular de los bienes ilícitos cuyo comiso o extinción de dominio no se pueden pretender por otra vía.

C. Afectación mixta basada en la imputación penal

Este sistema presenta una doble condición, pues requiere de circunstancias de los dos sistemas anteriores. Aquí se van a valorar fundamentos de legitimación, tanto de carácter real (origen o destinación ilícita de los bienes), como personal (responsabilidad o compromiso penal). Este es el sistema que predomina en las codificaciones penales de Latinoamérica, pues es común a la mayoría de formas de comiso existentes en la actualidad, presentando interesantes variaciones según el nivel del compromiso penal del titular del derecho, pues si bien muchos países adoptan un comiso de naturaleza punitiva, como Chile, Honduras, Colombia, entre otros, pues el comiso se impone a título de pena; en otras legislaciones, dicho compromiso es menor, y solo basta que el titular del bien presente un compromiso con el proceso penal, ya sea como imputado o acusado.

Responden a este sistema el comiso tradicional, el comiso ampliado y el comiso sin necesidad de condena de la legislación española, el comiso extensivo, el comiso autónomo del Paraguay, entre otros.

III. Comiso penal

El denominado “comiso penal”, concebido en algunas legislaciones bajo el nombre de “decomiso” o “confiscación”,

es un instituto de derecho penal sustancial¹⁸ mediante el cual, los bienes vinculados con un delito, ya sea por razón de su origen o destinación delictiva, pasan a poder del Estado a título de pena o consecuencia jurídica, mediante una decisión definitiva de carácter jurisdiccional¹⁹.

Esta aproximación conceptual responde a una tendencia generalizada, pues sus principales características se reconocen en los distintos instrumentos internacionales que tratan la materia. Existe ya un consenso generalizado sobre qué se debe entender como comiso, pues este concepto fue acuñado en el literal “f” del artículo primero de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, conocida como Convención de Viena, el cual se reitera en las Convenciones de Palermo y Mérida, contra la criminalidad organizada transnacional y la corrupción, respectivamente, donde se define el comiso o decomiso como “...la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente”. En similares términos se concibe dentro del sistema normativo de Europa, donde este concepto está contenido en distintos instrumentos, como el Convenio de Varsovia del 16 de mayo de

¹⁸ Aunque existen en los distintos países normas que pretenden desarrollar formas de comiso a través de disposiciones de carácter adjetivo, no se puede pasar por alto que la pretensión de comiso conlleva una afectación de derechos de orden sustancial; razón por la cual, su estudio no puede prescindir del reconocimiento de su naturaleza jurídica y sus fundamentos de legitimación, aspectos que serán analizados más adelante.

¹⁹ Si bien no existe consenso en los instrumentos internacionales sobre la autoridad que debe emitir la decisión de comiso, pues mientras los instrumentos de Naciones Unidas manejan la alternatividad entre un “tribunal” u otra “autoridad competente”, los instrumentos europeos como los Convenios del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de Estrasburgo, del 8 de noviembre de 1990 o de Varsovia del 16 de Mayo de 2005, restringe la competencia de su reconocimiento a las autoridades de orden jurisdiccional, lo cual es coherente con la reserva jurisdiccional que debe existir en un sistema garantista y respetuoso de los derechos fundamentales, para dejar en manos de un juez cualquier limitación intensa a dichos derechos.

2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, en el cual se describe al comiso como “...una sanción o medida ordenada por un tribunal en virtud de un procedimiento relativo a uno o varios delitos, cuyo resultado sea la privación definitiva de un bien”.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que estos instrumentos internacionales presentan una tendencia que busca generar un estándar normativo uniforme en los distintos Estados sobre ciertos conceptos básicos: bienes, producto, instrumento, decomiso, embargo, incautación etc.; la adopción de medidas para detectar e identificar bienes ilícitos, levantando las reservas legales de la información útil para tal efecto (reserva bancaria); la estandarización de un mínimo de formas o circunstancias de comiso (producto, objeto, ganancias, instrumentos, mezcla, equivalentes, etc.); la consagración de medidas cautelares de carácter patrimonial (materiales y jurídicas); el impulso de nuevos acuerdos, tratados o convenios bilaterales y multilaterales para mejorar la eficacia de la cooperación internacional; y, la definición de fines específicos a la destinación final de los bienes decomisados en función del mismo sistema.

A. Distinción frente a otros institutos

Dentro del contexto internacional los términos de “comiso”, “decomiso” y “confiscación” se reconocen como sinónimos, siendo los dos primeros, los de mayor aceptación en el ámbito latinoamericano. Sin embargo, en algunos sistemas jurídicos se suele confundir el comiso o decomiso con las medidas

cautelares que permiten garantizar su efectivo cumplimiento²⁰, o con otros institutos que también tienen por objeto la afectación de bienes, pues se utiliza también como sinónimo de incautación, aseguramiento, embargo, confiscación o recuperación de activos. De la misma forma, el comiso se suele confundir con otras figuras que tienen una finalidad similar pero con distinto fundamento de legitimación, como sería el caso de la recuperación de activos y la extinción de dominio.

No se puede pasar por alto reconocer que la falta de una precisión conceptual sobre estos institutos se traduce en la generación de serios problemas de orden administrativo; especialmente, con relación a la custodia, administración o destinación final de los bienes, lo que a su vez se convierte en un problema de seguridad jurídica que impide que estos institutos sean tratados por los operadores de justicia de manera coherente y técnica, lo cual deslegitima la figura y reduce su eficacia.

Como ejemplo de esta problemática, se puede citar el tratamiento que tiene el comiso en algunas legislaciones, el cual se suele definir a través de otros institutos jurídicos distintos; generalmente es confundido con las medidas cautelares de carácter patrimonial instituidas para hacerlo efectivo. En algunas codificaciones de Centroamérica, por ejemplo, también se suelen denominar “decomiso” a las acciones

²⁰ Este hecho es reconocido expresamente por las Naciones Unidas que consideró el capítulo de comiso como uno de los de mayor dificultad para obtener un consenso al momento de redactar la Convención de Viena, debido a la diversidad de conceptos que sobre el mismo tema existe en los distintos países, donde, en unos, es considerado como una medida cautelar; y, en otros, como una sanción (Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Naciones Unidas; New York, 1999. Pg. 98)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

dirigidas a la recolección de evidencias²¹, asociando esta figura a la afectación de bienes para cumplir fines probatorios y no propiamente los fines propios del comiso penal.

Estas erradas practicas obligan a buscar un consenso frente a las principales características y precisiones técnicas de cada figura relacionada con la afectación de bienes dentro de un proceso penal; para ello, resulta de suma utilidad hacer una breve distinción del comiso penal con aquellos institutos similares con los que habitualmente se le suele confundir: la incautación, el embargo, el decomiso administrativo, la confiscación, la recuperación de activos y la extinción de domino.

1. Confiscación

Previo a realizar la aproximación conceptual frente a esta figura, se hace necesario precisar que no siempre que se hable de confiscación, se hace relación a una pena proscrita por las constituciones modernas, pues en algunos países como Uruguay, República Dominicana, Alemania, el Reino Unido, Dinamarca, Puerto Rico, entre muchos otros, el comiso penal, o algunas formas del mismo, son conocidas con dicho nombre. De la misma forma, parte de la doctrina, siguiendo las

²¹ En distintas normas y en la jurisprudencia de Costa Rica, Honduras, Guatemala, El Salvador, entre otros países, es frecuente encontrar que el termino decomiso se utiliza también para la acción de recolección de evidencias. Sin embargo, la doctrina se ha ocupado de hacer las precisiones conceptuales. Es así como, en Costa Rica, por ejemplo, Cárdenas Chinchilla distingue el decomiso del comiso penal de la siguiente manera: *"Algo muy importante por destacar es que la figura del comiso no es sinónimo de decomiso, pues este último se puede considerar como conservar y recoger todo aquello que tenga relación con un hecho delictivo. En cambio, el comiso se debe acercar más al concepto de instituto jurídico por medio del cual se llega a definir la pérdida de un bien que tenga relación con un hecho punible, por tanto, queda claro que puede no juzgarse el delito, pero los bienes sí pueden ser comisados. Es relevante destacar que el comiso para poderse decretar debe tener relación con el delito investigado."* (Carlos Eduardo Cárdenas Chinchilla. Persecución Penal del Patrimonio Ilícito Criminal. Editorial Investigaciones jurídicas S.A.; San José, 2013. Pg. 28.)

precisiones de la normatividad alemana, distingue la confiscación del comiso, precisando que la confiscación recae sobre las ganancias ilícitas, las cuales se encuentran en una circunstancia muy distinta a la de los demás bienes pasibles de comiso, pues como bien destaca José Antonio Choclán Montalvo, a través de ella no se pretende privar o limitar un derecho existente, sino corregir una situación patrimonial ilícita²².

Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, se suele proscribir aquella confiscación que en el pasado constituía una pena arbitraria, mediante la cual, una persona era privada de su patrimonio o parte de él, sin ningún tipo compensación, atendiendo a una circunstancia o condición personal, que como se mencionó anteriormente, se asociaba históricamente al traidor, delincuente, rebelde, enemigo, hereje, entre otros.

Es por ello que su principal diferencia radica en sus fundamentos de legitimación, pues mientras que en la confiscación, el origen o destinación ilícita del bien, o su vinculación con el delito, resulta irrelevante, pues lo que determina la imposición de esta pena son los criterios de autoridad del Estado ante una calidad

²² Sobre el particular, el citado autor español señala lo siguiente: “*El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente.*”. (José Antonio Choclán Montalvo (2000). *El comiso y la Confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas*. En ‘Estudios de Derecho Judicial’ número 28. Pg. 345-346)

o circunstancia predicable del titular (condición *in personam*), en el comiso, dichos factores constituyen la base de la estructuración de la pretensión, como quiera que esta figura responde al sistema mixto de imputación penal, donde el origen y la destinación ilícita del bien sí resultan determinantes, al igual que el compromiso penal de su titular²³.

2. Decomiso administrativo

No siempre los bienes de origen o destinación delictiva, o aquellos que constituyen el objeto material de una conducta punible, deben ser pretendidos exclusivamente por vía penal, pues en muchas ocasiones, su sola existencia representa un peligro a la seguridad pública; es decir, un riesgo de tal magnitud, que debe ser neutralizado o mitigado a través de medidas de intervención anteriores al derecho penal. Es por esta razón que el ordenamiento jurídico anticipa la contención de dichos riesgos a través de medidas de carácter administrativo, otorgando facultades especiales a organismos no jurisdiccionales para intervenir en aquellos eventos en los cuales se identifican bienes que pueden atentar contra la seguridad en sus dimensiones más sensibles: pública, económica o ciudadana.

Existen riesgos en algunos delitos donde las medidas administrativas de decomiso constituyen el mecanismo más expedito e idóneo para contener anticipadamente aquellas amenazas que representan algunos bienes que se asocian a

²³ Se debe precisar que hoy en día existen formas de comiso que para solucionar las dificultades probatorias o extender sus alcances más allá de los límites de sus fundamentos de legitimación, han mutado su naturaleza jurídica a una consecuencia jurídica accesoria (ya sea del delito o de la pena), con el fin de privar el dominio de bienes que no tienen ninguna vinculación con el delito, o que se encuentran en cabeza de terceros que no tienen ningún tipo de responsabilidad penal, como sucede con el comiso ampliado y el denominado comiso sobre bienes de terceros de la legislación penal Española.

conductas delictivas de potencial peligro, como sucede con las armas de fuego, los explosivos, o con los elementos incautados por delitos contra la propiedad intelectual o industrial, el lavado de activos, la falsificación de moneda, el contrabando, las conductas contra el medio ambiente, la salubridad pública, entre muchos otros.

Para contrarrestar este tipo de delitos, es común encontrar que la ley otorgue facultades de intervención preventiva a autoridades de carácter administrativo, las que por especialidad, capacidad técnica, recursos e infraestructura profesional y logística, resultan más idóneas para decomisar este tipo de bienes. Estos fines y competencias constituyen su principal diferencia con el comiso penal; por lo general, varios bienes de origen o destinación delictiva que pueden ser afectados a través de medidas de comiso penal, también están vinculados a conductas que se encuentran previstas también en disposiciones especiales de carácter administrativo que generan un ámbito de protección anticipado a través de infracciones o faltas de tal naturaleza²⁴.

Lo anterior no quiere decir que el decomiso administrativo pueda desplazar siempre al comiso penal, pues como bien lo sostiene Tomás Aladino Gálvez, tratándose de ciertas conductas

²⁴ Ejemplo recurrente de este tipo de bienes lo representan las divisas de origen ilícito que son incautadas por las autoridades administrativas de fronteras por ser el objeto de una infracción cambiaria, que a su vez, suelen ser de interés del derecho penal por constituir, en algunos casos, el objeto material de un probable delito de lavado de activos; así mismo, las especies de fauna silvestre que son objeto de tráfico ilícito y que suelen ser decomisadas por autoridades administrativas y que también son el objeto de un delito ambiental; los licores, alimentos, o medicamentos adulterados o falsificados que constituyen un riesgo potencial a la salud de los ciudadanos y que a su vez son el producto u objeto material de delitos contra la salud, etc..

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

delictivas²⁵, la decisión judicial prevalece en relación con la actuación de la autoridad administrativa, eventos en los cuales la intervención por vía del decomiso administrativo tendrá los efectos de la incautación provisional, a menos que la ley especial disponga un procedimiento o destinación diferente, como generalmente suele registrarse con las normas aduaneras, de protección de la fauna y medio ambiente²⁶, de la salubridad pública, entre otras.

3. Embargo o aseguramiento de bienes

La diferencia entre el embargo y el comiso es su naturaleza jurídica, pues tanto la pretensión de comiso, como las pretensiones cautelares, son sustancialmente diferentes, como bien lo ha reconocido Walter Delgado y Tomas Gálvez en la doctrina peruana, al precisar los alcances y límites de cada una de las distintas pretensiones que pueden presentarse dentro del proceso penal²⁷.

²⁵ Al respecto, el citado autor peruano destaca, con relación a ciertas infracciones a los derechos de autor, que “...cuando se trate de delitos, en cuyo caso, será el Juez, con intervención del Fiscal, el que disponga el decomiso; lo cual no impide que la autoridad del INDECOPI intervenga previamente disponiendo la incautación en caso de urgencia. Todo ello, debido a que la jurisdicción penal es preeminente en relación con la actuación de la autoridad administrativa.” (Tomás Aladino Gálvez Villegas (2015). *Decomiso, Incautación y Secuestro. Perspectivas de lege lata y lege ferenda*. Buenos Aires; Valleta Ediciones. Pg. 108)

²⁶ Quizás uno de los ejemplos más palpables sobre la importancia de las leyes especiales en materia de comiso administrativo se registra con relación a los delitos ambientales, como por ejemplo, las conductas de tráfico de fauna silvestre, donde se pone en evidencia las deficiencias del comiso penal para el manejo de los bienes o especies que constituyen el objeto material de estos delitos, que demandan de medidas urgentes de protección, recuperación y reintegración a su ambiente natural de los animales que lleguen a ser incautados, lo cual exige una logística y preparación profesional que solo suele estar al alcance de las autoridades ambientales, y no de las autoridades judiciales o de policía.

²⁷ Los citados autores parten de la precisión técnica de las distintas pretensiones que se pueden ejercitar dentro del proceso penal, de donde se infiere que las pretensiones de embargo, comiso, incautación, intervención, pueden tener distintos fines y responden a criterios distintos. Al respecto indican: “En estos casos, para que la actuación jurisdiccional del Estado, en el proceso penal, resulte eficaz y eficiente, lo que se debe buscar es concretar la pretensión punitiva, pero considerar no solo la pretensión de pena privativa

Es por ello que los instrumentos internacionales son reiterativos en resaltar la necesidad que tienen los Estados de adoptar dentro de su legislación interna, además del comiso, medidas de embargo o incautación de los bienes ilícitos²⁸, con el fin de garantizar que los bienes afectados con estas medidas lleguen a ser pasibles de una decisión definitiva y efectivamente logren pasar al Estado por vía del comiso penal²⁹. Con ello, se puede concluir que tanto el embargo como la incautación, son dos figuras diferentes al comiso y, a su vez, distintas entre sí. Sin embargo, los dos conceptos comparten una naturaleza cautelar, pues el primero, hace relación a una medida cautelar patrimonial de orden jurídico; el segundo, a una medida cautelar de carácter patrimonial de índole material³⁰.

de libertad, sino buscar la imposición de las penas que tengan incidencia patrimonial como la multa y la inhabilitación; asimismo, imponer en los casos de gravedad una pena privativa de libertad efectiva. Asimismo, concretar todas las demás consecuencias jurídico patrimoniales como la concreción de la pretensión resarcitoria que garantice una adecuada reparación del daño causado; la concreción de la pretensión de decomiso, con la cual se prive a los agentes del delito del producto y de los instrumentos del mismo; igualmente, que se viabilice la pretensión contra las personas jurídicas a través de la cual se imponga las correspondientes medidas contra dichas empresas, cuando estas tengan carácter criminógeno, al facilitar la comisión del delito o propiciar su impunidad.” (Walter Javier Delgado Tovar y Tomás Aladino Gálvez Villegas. Las pretensiones que pueden ejercitarse dentro del proceso penal. Jurista Editores; Lima. 2013. Pg. 28).

²⁸ Al respecto, el literal “L” del artículo 1° de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes, define estos institutos de la siguiente manera: “Por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;”

²⁹ Al respecto, se debe aclarar que la medida cautelar de embargo no es exclusiva del derecho penal, siendo reconocida en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, como una típica medida cautelar de carácter civil; razón por la cual, su función dentro del proceso penal, no se limita solo como medida patrimonial que busca garantizar el comiso penal; sino que además, también resulta idónea para que los bienes gravados con esta medida puedan cumplir el fin de garantizar los derechos patrimoniales a favor de la víctimas, como el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios; o garantizar el pago de la eventual penal de multa; e, incluso, algunas obligaciones pecuniarias impuestas en la sentencia, que en algunas legislaciones se extiende hasta el pago de las costas o gastos judiciales.

³⁰ No siempre los contenidos de estas medidas cautelares coinciden con lo aquí expuesto, pues en alguna legislaciones, a pesar de utilizarse términos similares a los que emanan de

El embargo también es asociado con los nombres de medida precautelar, cautelar, orden de aseguramiento, suspensión del poder dispositivo, entre otros tipos de medidas patrimoniales de orden jurídico que existen en las distintas legislaciones, que tienen como finalidad impedir que el titular del bien pueda neutralizar la efectividad del comiso, realizando cualquier acto jurídico de negociación o disposición sobre los bienes. Al representar esta medida cautelar una limitación intensa del derecho a la propiedad, por lo general goza de reserva jurisdiccional y lo ideal es que solo un juez pueda imponerla.

4. Incautación

Contrario a la medida cautelar de embargo, la incautación no suele ser contemplada como una medida jurídica, sino que hace relación a una medida cautelar, de carácter patrimonial y de índole material o físico, la cual puede proceder de distintas maneras: por orden del juez o de una autoridad competente, Fiscalía o Ministerio Público, o ser practicada directamente por acto material de una autoridad judicial, administrativa o de policía investida de funciones o facultades para ello.

Generalmente, la incautación no es una medida exclusiva para garantizar el comiso penal³¹, pues la podemos definir como la facultad que tiene una autoridad de tomar forzosamente un bien que se requiere para cumplir un fin legítimo de interés

las recomendaciones internacionales, sus contenidos significados son contrarios, como sucede con la "Ley sobre privación definitiva del dominio de bienes de origen ilícito" de Honduras, donde se hace alusión a las mismas figuras, pero definidas con sentido inverso.

³¹ Si bien la incautación es considerada en las legislaciones peruana, colombiana, entre otras, como la medida cautelar patrimonial exclusiva del comiso penal, la práctica judicial obliga a reconocer que su utilidad es más amplia, pues a través de esta medida se suelen garantizar otros fines o pretensiones dentro del proceso penal, como las probatorias, de destrucción, restablecimiento del derecho, entre otras.

procesal. Es por ello que también procede la incautación de un bien con el fin de asegurar las evidencias o elementos de prueba que en él pueden ser recolectados³²; o con el fin de ser destruidos para evitar una daño o lesión a un bien jurídico; o con el propósito de garantizar los derechos de la víctima, a través de la restitución del bien con el fin de restablecer su derecho, etc.

En algunas legislaciones, como la colombiana, la incautación es considerada como una medida cautelar de carácter material que recae solo sobre bienes muebles, pues con relación a los bienes inmuebles, proceden medidas jurídicas, como el embargo y la suspensión del poder dispositivo, y la medida material de “ocupación”.

5. Recuperación de activos

La recuperación de activos presenta una naturaleza no punitiva, de notoria orientación civil, al enfocarse sobre aquellos bienes que ilícitamente fueron desplazados de la órbita de dominio de su titular y, que en virtud de los principios de conservación y restablecimiento del derecho, deben volver a su legítimo propietario³³. De esta forma, la recuperación de activos

³² Atendiendo a la necesidad de respetar el debido proceso probatorio, el cual hace relación a los distintos actos que se relacionan con la legitimidad, validez y eficacia probatoria, se hace necesario precisar que la evidencia no se “incauta”, sino que se “recolecta técnicamente” o se toma en “custodia”. Excepcionalmente, un bien recolectado con fines probatorios, puede ser objeto de comiso. Sin embargo, de presentarse tal situación, se debe garantizar primero que el mismo cumpla con su finalidad probatoria, antes de disponer de él para otros fines.

³³ No es extraño que la afectación de bienes con fines de comiso sea confundida con la pretensión de restablecimiento del derecho, pues las dos medidas forman parte de las tendencias actuales de política criminal con relación al doble enfoque de la investigación patrimonial, como bien resalta Choclán Montalvo, que sobre el particular señala: “*Las nuevas tendencias de la política criminal siguen otros derroteros. De un lado, junto a la pena y las medidas de seguridad, la reparación del daño a la víctima se propone como*

está relacionada con la necesidad de reparación del daño o perjuicio que sobreviene como consecuencia civil que se deriva del delito, procurando devolver las cosas a su estado predelictual.

Con posterioridad a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, se generalizó la tendencia de hablar del concepto de "recuperación de activos", que en dicho instrumento se instituye como un principio orientador en su artículo 51³⁴, y no como un instituto del proceso penal. Sin embargo, algunas posiciones doctrinales y decisiones judiciales lo relaciona con el comiso penal³⁵ o la extinción de dominio (como forma de comiso sin condena)³⁶, aspecto que solo

tercera vía de reacción frente al delito, por lo que la reparación del daño civil, aparte de la satisfacción psicológica a la víctima, se erige en uno de los objetivos fundamentales, a costa de la imposición de la pena, sujeta a la reserva de su necesidad social, y que es entendida de forma distinta a la mera retribución de la culpabilidad por el hecho; de otro lado, en lo que ahora nos importa, la política criminal se dirige a fomentar instrumentos que permitan alcanzar el patrimonio criminal, fundamentalmente en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada, y particularmente en los casos de tráfico de drogas, fraude y corrupción, que contemporáneamente son expresión de manera frecuente del crimen organizado. Por tanto, puede decirse que la actual política criminal se orienta hacia la investigación, embargo y confiscación del patrimonio criminal." (Choclán Montalvo, José Luis. Op. Cit. Pág. 332)

³⁴ El artículo 51 de la Convención de Mérida dispone: "*Disposición general. La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.*"

³⁵ Sobre el particular, Isidoro Blanco Cordero destaca el comiso como "*una herramienta fundamental para la recuperación*" (Cordero Blanco, Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena. En "El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción". México D.F.; Ed. Ubijus. Pg. 337). En el mismo sentido Marcelo Castillo. Op cit. Pg. 404; Manuel Bonelly (Bonnelly Vega Manuel Ulises. Extinción de Dominio o confiscación civil de bienes de origen ilícito: una propuesta para combatir los delitos económicos, la corrupción y la delincuencia organizada. Santo Domingo. 2008), entre otros.

³⁶ Importante apreciación presenta la doctrina Dominicana al destacar que el concepto de recuperación de activos es un concepto amplio que abarca también el de extinción de dominio, como bien lo destaca Manuel Bonnelly que ve en este instituto una modalidad de recuperación de activos, la cual define como "*el mecanismo legal que tiene por objeto devolver o ingresar, a sus legítimos propietarios o al patrimonio estatal o de quien la ley determine, aquellos bienes considerados ilícitos*" (Manuel Ulises Bonnelly Vega. Op. cit. Pg. 234).

tendría sustento desde la perspectiva del procedimiento, pero no de sus fines, pues algunos fundamentos de estos institutos también están contemplados en dicho instrumento internacional, en sus artículos 31 y 54; lo que permite concluir que el comiso penal, la extinción de dominio y la recuperación de activos, son institutos diferentes, pues los dos primeros se encuentran previstos como institutos que buscan privar al delincuente de los bienes de origen o destinación ilícita, mientras que este último, al ser concebido como principio, se instituye como un fin o propósito específico distinto del comiso penal o la extinción de dominio, pues a diferencia de estos, no pretende que los bienes pasen a poder del Estado, pues su pretensión principal, es que las cosas vuelvan al estado previo de la consumación del hecho delictual.

Mientras el comiso y la extinción de dominio se legitiman en distintos factores que buscan privar al delincuente de los bienes de origen o destinación ilícita vinculados con una conducta delictiva, la recuperación de activos se sustenta en la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas a través de medidas que persigan el restablecimiento del derecho, siendo en muchos casos prevalentes sobre el mismo comiso penal³⁷.

³⁷ No se puede perder de vista que una de las razones que justifican el derecho penal, es precisamente la de garantizar los derechos y las expectativas de restitución, reparación del daño o indemnización de perjuicios causados a las víctimas, razón por la cual, las diferencias que suelen existir entre determinar la prevalencia del comiso de los bienes ilícitos a favor del Estado o satisfacer las expectativas de restablecimiento del derecho de las víctimas, se suelen resolver a favor de estas últimas, como por ejemplo lo contempla el artículo 90 del Código Penal del Paraguay que establece la siguiente regla de privación de beneficios o comiso especial: *"Cuando el autor o el partícipe de un hecho antijurídico haya obtenido de éste un beneficio, se ordenará la privación del mismo. No se procederá al comiso especial si ello perjudicara la satisfacción del derecho de la víctima al resarcimiento"*. En similar sentido se ubica el artículo 78 A de la ley de Privación de Dominio de Honduras, que dispone: *"DE LA RESTITUCION A LAS VÍCTIMAS. Excepcionalmente, previo a la distribución señalada en el Artículo 78 y cuando la sentencia definitiva declare la privación de dominio, el comiso o decomiso de los bienes provenientes de actividades ilícitas tales como secuestro, la extorsión y corrupción; la*

Como se analizará más adelante, existen múltiples delitos donde la pena o sanción de comiso solo resulta procedente, en aquellos casos donde los bienes vinculados con el delito no deban ser objeto de restablecimiento del derecho³⁸, pues donde existe apropiación o desapoderamiento de bienes, el derecho tiene que procurar regresar las cosas al estado predelictual para evitar cualquier tipo de “revictimización”.

Por ello, la recuperación de activos puede ser apreciada como la expresión procesal del principio de restablecimiento del derecho, el cual se materializa a través de distintas vías, independiente que se utilice las mismas normas jurídicas de las que se vale el comiso penal o la extinción de dominio, para alcanzar sus fines.

6. Extinción de dominio

La extinción de dominio, no es otra cosa distinta que un instituto que acoge las distintas clases o circunstancias de comiso penal para ser reconocidas a través de un procedimiento de carácter *in rem*. Sin embargo, al sacar el comiso de su marco penal, no se puede seguir predicando que su naturaleza jurídica siga siendo la misma, ya que no se puede adscribir al sistema mixto de imputación penal, pues a pesar de que la extinción de dominio conserva elementos y fines comunes con el comiso penal, sus fundamentos de legitimación varían sustancialmente.

Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI) procederá a restituir los bienes a la víctima debidamente identificada o a la institución pública afectada, en este caso, la autoridad judicial competente indicará en la sentencia el monto o los activos susceptibles de restitución.”

³⁸ Se hace relación a los delitos contra la administración pública que implican el apoderamiento ilícito de recursos o bienes públicos (malversación, peculado, etc.); las conductas que afectan directa o indirectamente el patrimonio individual, como el hurto, la estafa, la extorsión, el secuestro extorsivo, entre otros.

Es por ello que la principal diferencia entre la extinción de dominio frente al comiso penal, la constituye sus fundamentos de legitimación, pues como se mencionó anteriormente, el eje principal del comiso recae en el compromiso penal del bien y/o su titular, con una actividad delictiva; mientras que la extinción de dominio, se adscribe a otras fuentes jurídicas de orden constitucional³⁹, que están relacionadas con dos aspectos en particular: la verificación de la validez del acto jurídico mediante el cual se adquiere el dominio; y el ejercicio del derecho con observancia plena de las obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social que es inherente al derecho a la propiedad privada.

Las facultades especiales con que fue dotada la extinción de dominio, también constituyen otro factor distintivo, pues se debe tener en cuenta que este instituto fue diseñado a partir de los límites y debilidades del comiso penal; es decir, considerando aquellos casos en que una decisión de privación definitiva del dominio del bien no era posible dentro del proceso penal, como cuando no se logra desvirtuar la presunción de inocencia con un grado de convicción más allá de duda razonable⁴⁰; cuando

³⁹ La extinción de dominio se vale del reconocimiento de los principios y valores constitucionales relacionados con el derecho a la propiedad privada, que de acuerdo con la constitución colombiana, país donde se originó esta figura, hacen relación al justo título y a la observancia de las obligaciones inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad dentro de un Estado Social de Derecho.

⁴⁰ Esta es una de las principales limitantes que debe afrontar el comiso tradicional, como bien lo destaca Manuel Bonelly, al indicar lo siguiente: *“Otro gran problema que presenta el decomiso, por la vía penal, deriva del respeto al principio de presunción de inocencia que gravita sobre todo el proceso penal y cuya destrucción se encuentra sometida a los más estrictos estándares probatorios con todas sus consecuencias. Esto implica que, en muchos casos, resulta muy difícil lograr una condena por no existir pruebas que permitan destruir, más allá de duda razonable, la indicada presunción. Lo anterior impediría, por supuesto no solo la condena del perseguido, sino, además la posibilidad de recuperar los bienes vinculados al ilícito, aún cuando sea casi seguro, que en estos casos la prueba sea*

se extingue la acción penal por muerte del acusado o por prescripción; o por imposibilidad de finiquitar la acción por declaración de ausencia, contumacia o rebeldía del acusado; o, porque la titularidad de los bienes recae en cabeza de terceros, menores, o personas jurídicas que no intervienen en la conducta delictiva; o, porque los bienes son afectados en un proceso donde se profieren decisiones absolutorias⁴¹, preclusivas o de sobreseimiento definitivo, sin que se haya decidido sobre el origen o la destinación ilícita del bien, entre otras múltiples circunstancias donde el comiso penal tradicional resulta inoperante.

Frente a estos aspectos, la extinción de dominio comparte algunas características con las modernas clases de comiso penal desarrolladas en Europa (comiso ampliado, comiso sin condena, comiso de bienes de terceros y comiso por valor equivalente); las cuales, también han sido construidas a partir de las deficiencias del comiso penal tradicional. En otras palabras, tanto la extinción de dominio, como las modernas modalidades de comiso, comparten el fin de superar las dificultades que presentan las clásicas formas de comiso penal, centrando su principal diferencia, en que estas nuevas formas de comiso se reconocen, de manera independiente a la declaratoria de la responsabilidad penal; mientras que la

suficiente para demostrar que tales bienes se encuentran íntimamente relacionados con un hecho prohibido y sancionado penalmente." (Bonnelly Vega, 2012. Op. cit. Pg. 3)

⁴¹ Si bien, desde la óptica penal, esta posibilidad de extinguir el dominio de un bien a pesar que su titular sea favorecido con una decisión absolutoria puede parecer arbitrario o absurdo, se debe tener en cuenta que los fundamentos, la causa, los fines o el objeto de la extinción de dominio son muy distintos a los de la investigación penal. Por esta razón, resulta probable que se verifiquen casos en los cuales, a pesar de que se obtenga una absolución por duda razonable; o porque no se logró acreditar un elemento del tipo; o no se pudo probar más allá de toda duda la participación del titular del bien en el delito; o porque se acreditó que no existió una conducta concreta reprochable al titular; si es perfectamente viable que dichas deficiencias probatorias logren ser superadas en el proceso de extinción de dominio, acreditando inequívocamente el origen o la destinación ilícita de los bienes.

extinción de dominio resulta ser más ambiciosa, pues no solo pretende trascender el límite de la responsabilidad punitiva, sino que además, se va a desarrollar y declarar de manera autónoma e independiente de un proceso penal.

B. Discusiones sobre la naturaleza jurídica del comiso

Si existe un asunto polémico dentro del estudio del comiso penal, es el relacionado con la identificación de su naturaleza jurídica⁴² para reconocer a cuál categoría jurídica podemos adscribirlo, pues como dice Cortes Becharielli⁴³, desde su aparición está buscando su verdadera identidad, pues no existe un consenso sobre su posición exacta dentro del mundo normativo, ya que son distintas las posturas jurídicas que existen al respecto, que lo ubican como una pena accesoria, una consecuencia civil, una sanción, o una consecuencia accesoria, entre otras.

Si bien no es objeto del presente análisis revivir las discusiones sobre este asunto, resulta ineludible hacer una breve reseña de las principales tesis al respecto y asumir una postura práctica para comprender de mejor manera el tránsito evolutivo del

⁴² También la "naturaleza jurídica" del comiso penal carece de un consenso homogéneo dentro de la doctrina, lo que impide definir de manera clara e inequívoca este instituto, a partir de sus rasgos fundamentales o esenciales. Para la comprensión de este problema, nos adscribimos a la noción planteada por el profesor español José Luis Estevez, quien concibe la naturaleza jurídica de la siguiente manera: *"Si ahora preguntamos qué debe entenderse, en general, por «naturaleza jurídica», la réplica fluye de suyo. No la esencia, que ya viene inherente a la totalidad de la regulación normativa; no el género próximo, que es una mera parte de la esencia. Sí, en cambio, la ratio essendi; por qué trascendental que aclara, de una vez para siempre, el instituto; las formas puras de valor de donde proviene y a que se reduce. En fin, la naturaleza jurídica persigue un ideal eminentemente científico, que es la intelección genética; es decir, la comprensión de cómo adviene eso que se nos da bajo una institución jurídica."* (José Luis Estevez. Sobre el Concepto de "Naturaleza Jurídica". Anuario de Filosofía Nº 4. Madrid; 1956)

⁴³ Cortés Becharielli, Emilio. Valoración crítica de la reforma del comiso - LO 15/2003 de 25 de noviembre, en Homenaje a Ruperto Núñez Babero. Ediciones Universidad de Salamanca – 2007. Pg. 109.

comiso penal, hacía las nuevas modalidades de comiso extendido o hacía institutos más autónomos e independientes, como la extinción de dominio, pues son precisamente las dificultades y limitaciones que se presentan a partir del reconocimiento de su naturaleza jurídica penal, las que ha impulsado los importantes avances en esta materia.

Si bien resulta imposible adscribir todas las formas de comiso a una naturaleza jurídica en particular⁴⁴, si se considera, para efectos prácticos, tener como referente un punto de partida para esta discusión, que a nuestro juicio, debe ser también el punto de retorno, como sería el reconocimiento de una naturaleza jurídica punitiva del comiso; es decir, su consideración como pena, la cual es común en varios países de Latinoamérica. Sin embargo, la definición de sus alcances y límites ha sido objeto de fuertes críticas, en especial, frente a la carga de garantías penales que traslada al tema patrimonial⁴⁵ y a la problemática que se presenta para que sea efectiva sobre bienes de origen o destinación delictiva que se encuentren en cabeza de personas físicas o jurídicas, distintas al penalmente responsable, pues este tipo de bienes, que son de frecuente

⁴⁴ Con relación a este tema, Patricia Vargas, al analizar la legislación española, destaca como, a pesar que gran parte de la doctrina propugna por dar un tratamiento homogéneo a la figura del comiso, concretamente desde la perspectiva de las consecuencias accesorias, la normatividad en la práctica *"...contiene diferentes clases de comiso cuyo fundamento, naturaleza jurídica y orientación teleológica también es diverso"*, lo que imposibilita enmarcar esta figura bajo una sola naturaleza jurídica en particular. (op. cit. Pg. 92)

⁴⁵ Con relación a esta problemática, la doctrina especializada en Argentina destaca lo siguiente *"En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, sólo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías que rige el juicio penal. En particular, la carga de probar el origen ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso sólo podría ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría siempre derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, la prohibición de juicios in absentia impediría el decomiso frente a casos de fuga y el decomiso se dificultaría frente a la inexistencia de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas."* (Jorge, Guillermo. Recuperación de activos de la corrupción. Editores del Puerto, Buenos Aires; 2008. Pg. 72)

afectación en la práctica judicial, suelen quedar por fuera del alcance del comiso penal.

La evolución de la naturaleza jurídica del comiso penal ha estado impulsada por la necesidad de dar respuesta a esta problemática y busca extender los límites del comiso tradicional, para que pueda proceder sobre bienes comprometidos con el delito sin depender de la declaratoria de responsabilidad penal de su titular. Esto ha llevado a la redefinición de su objeto, lo cual se ha dado a través de dos grandes corrientes que buscan solucionar los problemas de efectividad del comiso, más allá de la responsabilidad penal, las cuales responden a posturas filosóficas completamente distintas:

La primera, que podemos llamar la corriente europea, de amplia aceptación dentro de la normativa comunitaria, que se caracteriza por trascender la responsabilidad penal, pero insiste en buscar la solución a los problemas del comiso dentro de la misma acción penal⁴⁶, permitiendo así el desarrollo de nuevas formas de comiso: ampliado o extendido, sin condena, de terceros, etc..

La segunda vertiente, que podemos denominar latinoamericana, asume el problema desde una postura filosófica diferente y buscan solucionar esta problemática a través de institutos de carácter *in rem* que, además de

⁴⁶ El principal referente de esta corriente para el contexto latinoamericano lo constituye sin duda la evolución que, en algo más de veinte años, ha tendido el comiso penal en España, el cual ha presentado cuatro reformas sustanciales, a través de la Ley Orgánica 10 de 1995, la Ley Orgánica 15 de 2013, la Ley Orgánica 5 de 2010 y la Ley Orgánica 1 de 2015, destacándose esta última, por ser la expresión de la tendencia europea, generalizada a través de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de la Unión Europea del 24 de febrero de 2005 y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, del 3 de abril de 2014 .

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

trascender la responsabilidad penal, procura que los aspectos problemáticos del comiso sean debatidos por fuera del proceso penal, siendo la extinción de dominio de Colombia, México, Guatemala y El Salvador; la pedida de dominio de Perú y la privación de dominio de Honduras, sus institutos más representativos.

Debemos reconocer que las dos corrientes son el producto del proceso evolutivo de la naturaleza jurídica del comiso penal, la cual podemos analizar de la siguiente manera:

1. Naturaleza jurídica punitiva: el comiso como pena

La forma más tradicional de comiso ha estado históricamente asociada a una naturaleza punitiva⁴⁷, mediante la cual se valora el comiso como una consecuencia de la conducta punible, en aquellos eventos donde la declaratoria de la responsabilidad penal del titular del bien comprometido en una actividad delictiva, constituye el presupuesto principal de su reconocimiento. Se identifica así, al comiso, como un instituto de derecho penal sustancial que lo declara un juez penal sustentado en la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular; y, de acuerdo con el objeto sobre el cual recae

⁴⁷ Destaca Emilio Cortés Bechiarelli que el comiso se ajusta a la definición tradicional de pena, al respecto señala: *"De manera que, acogiendo la clásica definición de pena que propusiera Cuello Calón, nos encontramos ante «la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales», por lo que, en definitiva, esta clase de comiso entronca con la tradicional naturaleza que le otorgaba su ubicación sistemática hasta 1995 y merece ser incluida en el artículo 33, esta vez del Código Penal vigente, usando para ello de manera crítica el argumento sistemático: «El comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción íntimamente unida no a la ejecución del delito, sino a la imposición de una pena.»"*. (Op. cit. Pg. 114).

(bienes y derechos), se le reconoce también el cumplimiento de una función disuasiva o preventiva⁴⁸.

El reconocimiento del carácter disuasivo se da en aquellos delitos de motivación económica, donde el delincuente mide el riesgo de la amenaza penal a cambio de un producto o ganancia ilícita, pues como bien resalta Ricardo Pérez, la expectativa de ganancia justifica el riesgo de la pena⁴⁹. Por ello, si el delincuente obtiene una ganancia ilícita y no se le privan de esos bienes espurios, se envía un mensaje equivocado a la sociedad de que “delinquir sí vale la pena”. Por el contrario, con la pena de comiso, no solo se busca que el delincuente asuma el riesgo de perder su libertad, sino que además, considere el riesgo de pérdida de lo que ilícitamente obtenga, con lo cual, si el sistema penal responde integralmente ante un delito de motivación económica, es decir, con pena de prisión y el consecuente comiso del producto o las ganancias ilícitas, se estaría enviando el mensaje correcto, de que “delinquir no vale la pena”.

De otro lado, el carácter preventivo resulta más evidente en los casos de destinación o utilización de bienes en actividades delictivas, pues sin desconocer su capacidad disuasiva, resulta más notoria su funcionalidad preventiva: ya sea para evitar que

⁴⁸ Sobre los fines del comiso, Guillermo Jorge destaca lo siguiente: “En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que “el crimen no debe pagar” (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas es un fenómeno socialmente peligroso.” Op.cit. Pg. 74.

⁴⁹ Op. cit. Pg. 2.

el bien en sí constituya un peligro para la sociedad en manos del delincuente; o, para impedir que dicho bien esté en función de nuevos delitos, neutralizando así otras infracciones a la ley penal. Ejemplo de esta funcionalidad lo encontramos en la incautación de las aeronaves o embarcaciones destinadas o utilizadas en actividades del narcotráfico, donde el comiso busca que el condenado afronte un serio impacto en su patrimonio, evitando que sus bienes constituyan la infraestructura logística de una actividad delictiva, previniendo así que dichos medios de transporte sigan siendo utilizados en contra de la sociedad o, dicho de otra manera, destinados para atentar contra bienes jurídicos.

En este sentido, la consecuencia jurídica de pérdida del dominio del bien por parte de la persona condenada, también puede ser considerado como un acto de retribución justa⁵⁰ en respuesta a una conducta que lesione un bien jurídico; ya sea por pretender detentar un derecho cuya fuente en el delito constituye un acto socialmente intolerable que desconoce las reglas legítimas de acceso al derecho de la propiedad (origen ilícito); o, como consecuencia del mal ejercicio de derecho a la propiedad privada, por utilizar o destinar los bienes para poner en peligro o atentar en contra de bienes jurídicos (destinación ilícita).

⁵⁰ A pesar que la idea del carácter retributivo de la pena de comiso es la que justifica que en varias legislaciones este instituto se limite sólo a los bienes del condenado, se debe reconocer que esta postura tiene una férrea resistencia por parte de la doctrina especializada. Al respecto, Javier Zaragoza expresa que “...Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos (en este sentido, para la legislación penal austriaca es una medida preventiva que debe imponerse “si de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos resulta indicado para prevenir la comisión de acciones punibles”). (La nueva regulación del comiso en el código penal y en el derecho comparado, publicado en *El combate al lavado de activos desde el sistema judicial*. OEA-CICAD. 2014. Pg. 338)

Es de precisar que la naturaleza jurídica penal del comiso no se desprende de un reconocimiento nominal como tal; es decir, de su descripción expresa como pena dentro del capítulo correspondiente en el Código Penal, como lo consagran varios países⁵¹; sino que se deduce especialmente de su descripción normativa⁵²; es decir, aquellos casos en donde la descripción del comiso condiciona su reconocimiento a la declaratoria de responsabilidad por una conducta específica de relevancia jurídico penal. Por ello se puede afirmar que las descripciones normativas del comiso constituyen una especie de “tipo genérico” de comiso, que es común y se complementa con los tipos penales de la parte especial, donde se debe acreditar un nexo de relación directo entre el bien y el delito, teniendo como presupuesto de su reconocimiento, la exigencia de un vínculo directo con un titular de derechos sobre el bien que sea declarado penalmente responsable.

Al respecto, se debe destacar que desde hace ya varias décadas, la doctrina viene invocando serios argumentos que niegan al comiso su naturaleza jurídica de pena, argumentando que esta figura no se ajusta a los principios que orientan la

⁵¹ Esta naturaleza jurídica punitiva la encontramos de manera expresa, por ejemplo, en los artículos 38 y 55 del Código Penal de Honduras; en el artículo 70 del Código Penal de Ecuador, en el artículo 21 del Código Penal de Chile; en el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal de Colombia; entre otros.

⁵² Ejemplo de este tipo de descripción se encuentra en la descripción del comiso en el Código Penal colombiano, donde a pesar de no estar contemplado como pena, ni principal ni accesoria, pues está consagrado en el capítulo de la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, su tenor literal no deja dudas de que se trata de una pena, al condicionar su reconocimiento a la demostración de que el bien pertenezca al penalmente responsable, lo cual se obtiene a través de la correspondiente sentencia penal. Dicha norma reza así: “... Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución. ” (Código Penal, artículo 100).

punibilidad. Por ejemplo, Manzanares Samaniego, señala que es imposible realizar un juicio entre la gravedad del hecho y la proporcionalidad del comiso, especialmente en los casos cuando se vinculan varios partícipes o autores “...porque se tropieza con el obstáculo insalvable de la individualización”⁵³. Sin embargo, se debe aclarar que esta reflexión resulta coherente, si el juicio de proporcionalidad se realiza sobre la acción delictiva que compromete los bienes; es decir, sobre la conducta del tipo penal específico que se investiga y no sobre la conducta propia que subyace en las reglas de comiso.

Situación distinta se presenta, si en la valoración del comiso penal se realiza un ejercicio de adecuación de una acción a un “tipo penal genérico”⁵⁴, que se vale de sus propias conductas y que prevé como consecuencia jurídica la pérdida del bien, pues es indiscutible que tras las descripciones normativas del comiso subyacen inequívocas conductas de relevancia jurídico penal; como, por ejemplo, producir, adquirir, instrumentalizar, transformar, destinar, beneficiarse, mezclar, etc., que al ser valoradas de manera independiente a las conductas típicas específicas, resultan coherentes y proporcionales a la consecuencia jurídica de pérdida del bien o derecho, y, por tanto, se ajusta a los principios y garantías de cualquier tipo penal, en especial, el principio de proporcionalidad.

⁵³ (Manzanares Zamaniego, José Luis. La Pena de comiso en el Código Penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid. 1981. Pg. 614)

⁵⁴ Esta reflexión no es extraña a la técnica legislativa utilizada en la mayoría de códigos penales y leyes especiales, donde son múltiples los ejemplos en los cuales se describen como tipos penales conductas que se ajustan a las descripciones normativas del comiso y, a su vez, prevén este instituto como pena o consecuencia jurídica directa de la acción allí descrita. Ejemplo se encuentra en los tipos penales de narcotráfico, lavado de activos, falsificación de moneda, corrupción de alimentos o medicamentos, violaciones de derechos de autor, falsificación de marcas, cohecho entre muchos otros delitos, donde la producción, utilización, destinación, transformación de bienes se prevé como conductas típicas que conllevan el comiso del bien vinculado con el delito.

Y es que una lectura detallada de las normas de comiso penal, desde la perspectiva de la teoría del delito, permite determinar que, si bien no guarda la misma técnica de descripción de los tipos de la parte especial del Código Penal, si resultan implícitos varios elementos descriptivos u objetivos que le son comunes, como la exigencia de un sujeto activo (el que adquiere, el que utiliza o el que destina, el que mezcla, etc.); la descripción de un objeto material (bienes, elementos, cosas, patrimonios, etc.); la definición de una conducta de comiso (adquiera, utilice, transforme, mezcle, destine, derive, etc.); la consideración de ingredientes o elementos de orden normativo que recaen sobre el objeto (no justificado, producto del delito, instrumento del delito, etc.); entre otros elementos que son comunes al cualquier tipo penal. Se debe precisar aquí que en este tipo genérico, la acreditación de una conducta descrita en la parte especial del Código, se va a tratar como un ingrediente o elemento normativo del comiso que va a recaer sobre el objeto o la conducta; aspecto que, de acuerdo con la posición que ocupe en la descripción normativa, va a incidir en la determinación de su naturaleza jurídica.

La tendencia en varios países de América Latina es la de reconocer el comiso como pena accesoria, al consagrar la privación de un derecho distinto a la libertad. Sin embargo, esta posición ha ofrecido una fuerte resistencia por parte de un gran sector de la doctrina⁵⁵, que advierte que esta naturaleza

⁵⁵ En este sentido Vizuela Fernández señala que: *"En el Código Penal de 1973, como se sabe, el comiso era una pena accesoria. La doctrina puso de manifiesto los graves inconvenientes que se derivaban de una tal concepción. Al tener la consideración formal de pena, el comiso de los efectos e instrumentos del delito no podían imponerse en los casos en que el sujeto realizaba una conducta típica y antijurídica pero actuaba sin culpabilidad (2). Además, el carácter personalísimo de la pena constreñía la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal.*

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro "Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial", del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

punitiva no permite atender los problemas prácticos que se presentan en los casos donde el titular del bien obra sin culpabilidad o los bienes se encuentran en cabeza de terceros, ya sean personas físicas o jurídicas, como bien lo destaca Luis Gracia Martín al justificar la transformación de la naturaleza jurídica del comiso que pasó de pena a consecuencia accesoria del delito. Sobre el particular indicó lo siguiente:

Los problemas que planteaba esta regulación del comiso se derivaban precisamente de su configuración formal como una auténtica pena. La pena tiene su fundamento en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad. De ahí se derivaban las siguientes consecuencias en relación con la aplicación del comiso: Por una parte sólo podría ser aplicado al sujeto que hubiera obrado culpablemente, pero no a quien, habiendo realizado una acción típica y antijurídica, fuera no obstante declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, por ejemplo por tratarse de un inimputable. Pero, por otro lado y además, como del principio de culpabilidad se deriva necesariamente el carácter personalísimo de la pena, únicamente cabía aplicar la pena de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a instrumentos y efectos del delito pertenecientes a él, pero no respecto a los instrumentos que, habiendo sido utilizados por el culpable para la comisión del delito, fueran sin embargo propiedad de un tercero no responsable del delito.⁵⁶

Así mismo, atendiendo a la experiencia con relación a uno de los mecanismos más frecuentes de evasión que utilizan los delincuentes para evitar el comiso de sus bienes, el mismo autor

De este modo, los efectos e instrumentos del delito pertenecientes a un tercero quedaban extramuros del comiso, tal y como expresaba la dicción legal «los unos y los otros (efectos e instrumentos) serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito»". (Jorge Vizueta Fernández. Comiso: ¿Consecuencia accesoria de una pena?. Diario La Ley N° 6643. 2007)

⁵⁶ Luis Gracia Martín (2004). Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito. Valencia; Tirant Lo Blanch. Pg.495.

destaca como una enorme debilidad de la tesis sobre la naturaleza punitiva del instituto, la imposibilidad de su reconocimiento en los casos en que el bien se encuentre en cabeza de personas jurídicas. Su argumento es el siguiente:

De acuerdo con esto, y como ya advertí hace años en otro lugar, en nuestro Código anterior se producía de *lege lata* una laguna ante la imposibilidad de aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito en los casos de comisión de un delito a través de una persona jurídica con instrumentos que pertenecieran exclusivamente a ésta o que produjera efectos para ella, pues la persona jurídica es, por un lado, un tercero con respecto al responsable del delito, y por otro lado, aquélla no puede ser nunca responsable del delito, dado que en nuestro Derecho rige sin excepciones el principio *societas delinquere non potest*, es decir: el principio de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁷

En los últimos años, estos cuestionamientos vienen siendo objeto de una contra argumentación bastante fuerte en América Latina. A diferencia del desarrollo del comiso en Europa, donde se pretende ampliar su ámbito de reconocimiento, en Latinoamérica la tendencia en algunos países es la de ir restringiendo el ámbito del comiso a las necesidades propias del proceso penal, viendo el comiso desde la perspectiva de un sistema penal adversarial, donde lo relevante es resolver un conflicto entre el Estado y el infractor de la ley penal, sin necesidad de involucrar en la discusión penal a terceros ajenos a la conducta punible.

Desde esta perspectiva, no resulta claro el fundamento de legitimación del comiso cuando se ha excluido el reproche subjetivo de la conducta jurídica; ni tampoco se justifica la

⁵⁷ Luis Gracia Martín; ob. cit. Pg. 495.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

necesidad de insistir en forzar a los terceros a someterse a un proceso penal ajeno, es decir, a una actuación cuyos resultados van a depender de la situación jurídica del acusado, que para efectos de la pretensión patrimonial, sería él el tercero, pues dicho conflicto entre el Estado y el tercero penal, bien puede resolverse de manera más dinámica y eficiente a través de un proceso autónomo e independiente de la responsabilidad penal.

Sin duda, en esta discusión se encuentra uno de los principales argumentos que motivaron la creación de nuevos institutos jurídicos, como la extinción, privación o pérdida de dominio, sobre los cuales ahondaremos más adelante.

2. El comiso como medida de seguridad

La discusión sobre la naturaleza jurídica del comiso y su ubicación sistemática dentro del Código Penal, ha sido objeto de distintas reflexiones, que incluso han llevado a que durante su tránsito evolutivo se haya considerado la posibilidad de contemplarlo como una especie de medida de seguridad, como sucedió en el Código Penal Español de 1928, que como bien destaca Patricia Vargas en su tesis⁵⁸, respondió más a una necesidad de ubicación sistemática concreta por la supresión de las penas accesorias, que a la identificación del comiso como un instituto de tal entidad.

No se puede desconocer que algunas características del comiso de bienes que son utilizados o destinados a ser medio o instrumento del delito mantienen aún la idea de encontrar cierta identidad entre el comiso penal con las medidas de

⁵⁸ Op. cit. Pg. 26

seguridad⁵⁹, atendiendo al hecho de que sobre algunos bienes se puede predicar cierta peligrosidad objetiva⁶⁰; es decir, una potencialidad práctica para atentar o lesionar bienes jurídicos. Sin embargo, no se puede perder de vista que las medidas de seguridad son medidas personales que responden a la responsabilidad criminal, y por tanto, no basta con que un bien sea potencialmente peligroso, pues siempre requerirá que alguien disponga de él para atentar o lesionar un bien jurídico.

Sin embargo, se debe precisar que no es la peligrosidad objetiva del bien la que sustenta el comiso en estos casos, pues es claro que un bien potencialmente peligroso, por su naturaleza, en las manos expertas, constituye un riesgo aceptable y tolerable, como por ejemplo los explosivos en manos de mineros expertos. De otro lado, cualquier bien, sea por naturaleza peligroso o no, representará un serio riesgo, dependiendo de los actos ilícitos de disposición que ejerza un titular o poseedor.

⁵⁹ José Antonio Choclán destaca esta semejanza de la siguiente manera: *“Son consecuencias accesorias aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil. Son consecuencias que presentan una función autónoma, aunque su contenido se aproxima notablemente en algunos casos al propio de las medidas de seguridad –así, el comiso de los instrumentos del delito, por ejemplo–, destinándose, en otros –como en la pérdida de la ganancia– a corregir situaciones patrimoniales ilícitas.”* (Choclán Montalvo op. cit. Pg. 338-339).

⁶⁰ Sobre la peligrosidad objetiva que apoyaría esta naturaleza jurídica, Ricardo Pérez señala que: *“El decomiso también ha sido calificado como una medida de seguridad especial basada en la peligrosidad objetiva, instrumental.*

Ahora bien, el fundamento del decomiso, puede ser ubicado en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, con la finalidad de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos – eso se puede apreciar claramente en el caso de los instrumentos-, o bien responder a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito, tal el caso del decomiso del producto en sentido amplio y más específicamente el de ganancias”. Op. cit. Pg. 5.

Sobre este aspecto, resultan bastante ilustrativas las precisiones realizadas por Javier Zaragoza, quien destaca el carácter personal de las medidas de seguridad, aspecto que impide que los fines del comiso coincidan con los fines de las medidas de seguridad, al indicar que:

Su definición como medida de seguridad también resultaba insatisfactoria para gran parte de los autores al no asentarse sobre la peligrosidad personal del responsable (López Garrido y García Arán), ya que cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente, sobre el que únicamente debe actuarse para lograr su reinserción con medidas o actuaciones personales que influyan sobre su carácter. Conde-Pumpido Ferreiro consideraba aberrante imponer la medida por la peligrosidad de la cosa y no por la de la persona que la detenta.⁶¹

De otro lado, no se puede desconocer que la concepción del comiso penal a partir de la idea de una peligrosidad objetiva del bien comprometido dentro de una acción típica y antijurídica, solo sería predicable en las formas de comiso de peligro, es decir, aquellas que legitiman la afectación del bien en su peligrosidad, como sucede en el denominado comiso indiferenciado, que a juicio de Choclán Montalvo *“presenta los perfiles propios de una medida de seguridad”*⁶². Sin embargo, esta perspectiva no es clara en otras formas de comiso, como las del producto indirecto o de ganancias, pues incluso estas, suelen ser destinados a fines distintos de cualquier compromiso criminal; por lo tanto, mantener la idea de que el comiso tiene la misma naturaleza de una medida de seguridad, no es coherente con las generalidades del instituto.

⁶¹ Op. cit. Pg. 339.

⁶² Op. cit. Pg. 347.

3. El comiso como consecuencia civil de la conducta punible

Una de las primeras posturas que históricamente se le ha dado al comiso penal, es la de reconocer en esta figura una connotación civil en materia resarcitoria de los perjuicios, pues dicha finalidad se reconoce en las redacciones de comiso en España, cuyos postulados irradiaron gran parte del continente americano, a partir del Código Penal de 1822⁶³ y posteriormente fue retomada en el contexto regional a través del Código Penal Tipo para Latinoamérica que asumía el comiso dentro del Título IV, "Sobre la responsabilidad civil derivada del delito"⁶⁴, donde prevé las modalidades básicas de comiso: instrumentos, producto, objeto y ganancias del delito.

Existen múltiples disposiciones que aún reconocen en parte tal naturaleza del comiso penal, como el código penal de Costa Rica, que prevé dicha consecuencia en sus artículos 103⁶⁵ y 110 que están bajo el título VII del libro primero 'Consecuencias civiles del hecho punible'. De la misma forma, la legislación Colombiana la prevé como una consecuencia civil del delito,

⁶³ Código Penal español de 1822. "Artículo 90. Las armas, instrumentos o utensilios con que se haya cometido el delito y los efectos en que este consista, o que formen el cuerpo de él, se recogerán por el juez para destruirlos o inutilizarlos siempre que convenga; **y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos, a no ser que pertenezcan a un tercero, a quien se hubiere robado o sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirá íntegramente.**" (negrita fuera del texto)

⁶⁴ El Código Penal Tipo para Latinoamérica contempló el comiso en el título correspondiente a la responsabilidad civil derivada del delito, en su artículo 97 de la parte general, con el siguiente tenor normativo: "El delito determina la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas y valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tenga el ofendido o terceros".

⁶⁵ ARTÍCULO 103. Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso.

en el artículo 100 del estatuto penal, norma que en la práctica prevé tres formas de comiso, las dos primeras de naturaleza punitiva, las cuales recogen las formas tradicionales de comiso (producto, efectos, instrumentos, etc.); y, una tercera forma de comiso, reservada para los delitos culposos, denominada doctrinalmente como comiso provisional⁶⁶, cuya naturaleza es eminentemente civil, pero cuya descripción coincide con una forma de restablecimiento del derecho y no de comiso penal.

Sin embargo, se debe precisar que técnicamente es inapropiado atribuir una naturaleza civil al comiso tradicional, pues en aquellos eventos donde la afectación del bien busca satisfacer alguna expectativa de carácter civil, como por ejemplo la restitución o restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, se suele acudir a otro tipo de figuras, pues como se mencionó anteriormente, tales fines se pueden cumplir a través de las medidas de incautación (generalmente en delitos culposos) o el embargo de bienes, pues se debe recordar que cuando procede la pretensión civil dentro del proceso penal, el bien no pasa a poder del Estado, pues se destina a satisfacer las expectativas de reparación de la víctima, pues de lo contrario, se incurriría en un proceder injusto de revictimización del ofendido.

⁶⁶ Artículo 100 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). “... En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.

La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicado en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.”

Situación distinta se presenta con relación al denominado comiso civil o *in rem*, de amplia tradición en las jurisdicciones angloamericanas⁶⁷, y en algunas de América Latina donde se adopta una forma de comiso *in rem* a través de las figuras de extinción, pérdida o privación de dominio. Sin embargo, se debe precisar que el carácter real de la acción no es suficiente para considerar que el comiso adopta una naturaleza civil, pues en estas formas de comiso su objeto y fines siguen siendo similares a los del comiso tradicional, y solo presentan diferencias con relación al tipo de acción mediante el cual se hace efectivo, y a los fundamentos de legitimación que sustentan la respectiva pretensión de comiso, los cuales se adscriben al sistema de afectación real y no se sujetan a la responsabilidad penal del titular del bien perseguido.

De otra parte, se pueden reconocer algunos matices de naturaleza civil a ciertas formas de comiso indirecto, como el denominado comiso por valores equivalentes, el cual recae sobre bienes lícitos, que se equiparan con los bienes ilícitos que son de imposible afectación a través de las formas tradicionales de comiso, por lo cual, se equipara esta dificultad a la generación de una obligación por valor del bien que sería pasible de comiso, la cual se satisface a través de bienes lícitos, atendiendo a la vocación de garantía que tiene todos los bienes del patrimonio de una persona para honrar con ellos sus obligaciones.

⁶⁷ Sobre esta forma de comiso *in rem*, Ricardo Pérez destaca lo siguiente: “La legislación de los Estados Unidos de América por su parte, establece el decomiso civil “*in rem*”, basado sustancialmente en la ficción de que ‘la cosa es la que delinque’, como resultado de la teoría de la personificación – que ubica sus orígenes en el derecho marítimo – según la cual un objeto inanimado es imbuido de una personalidad que lo hace responsable de sus acciones. La acción persigue al objeto, independiente de su propietario” Op. cit. Pg. 2.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

4. El comiso como consecuencia accesoria

La subordinación del comiso a la declaratoria de responsabilidad penal del titular del bien comprometido en el delito, llevó a una revisión sustancial de su naturaleza punitiva y, por tanto, del cuestionamiento del sistema de afectación mixto basado en la imputación penal, pues eran múltiples los eventos en los cuales se podía demostrar el compromiso de un bien con una conducta típica y antijurídica, ya sea por su origen o por su destinación ilícita, pero al no contar con la culpabilidad penal de su titular, el comiso resultaba improcedente. Gracia Martín explica muy bien los factores que llevaron a reevaluar la naturaleza punitiva del comiso, de pena a consecuencia accesoria, de la siguiente manera:

Las consecuencias accesorias, y entre ellas el comiso, son consecuencias jurídicas del delito que no pertenecen sin embargo, en rigor, al Derecho penal, pues sus presupuestos no son ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal. Se trata más bien de medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos. Para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél.⁶⁸

Por ello, si el bien cuestionado pertenecía a un tercero sin responsabilidad alguna en la conducta típica y antijurídica que lo vincula; o, si este se encontraba en cabeza de una persona jurídica, respecto de la cual no se reconoce capacidad acción,

⁶⁸ Luis Gracia Martín, Op. cit. Pg. 497-498

de culpabilidad ni de pena en virtud del principio *societas delinquere non potest* (predominante en la mayoría de países latinoamericanos), el comiso resultaba totalmente inviable. La solución, llegó por vía de las denominadas “consecuencias accesorias del delito”; es decir, aquellas sanciones⁶⁹ que de acuerdo con la doctrina especializada son de carácter *sui generis*, acogidas en algunos códigos penales como una tercera categoría de sanciones penales, cuya naturaleza no es punitiva, por no constituir una pena o una medida de seguridad; y que tampoco pueden ser encasilladas bajo una consecuencia de naturaleza civil, por no ser una medida reparadora o de restablecimiento del derecho⁷⁰.

En principio, esta concepción del comiso como una consecuencia accesoria del delito⁷¹, introduce nuevos

⁶⁹ Si hay un punto en el que se puede admitir un amplio consenso internacional es el reconocimiento del comiso como un instituto de naturaleza sancionatoria, como bien lo ha destacado las Naciones Unidas al explicar la descripción que se incluye en las recomendaciones contenidas en sus instrumentos multilaterales: “5.1. La redacción del artículo 5 resultó difícil, en parte debido a las diferentes forma de decomiso que se usan en las leyes nacionales (véase el párrafo 5.7 *infra*) y en parte en razón de los diferentes conceptos de decomiso que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales, algunos de los cuales lo consideran como una medida preventiva y en otras como una sanción. Cabe tener presente que el decomiso se trata expresamente como una sanción en el inciso a) dl párrafo 4° del artículo 3, donde el contexto es la necesidad que la comisión de delitos sea pasible de sanciones que tengan en cuenta la naturaleza grave de los delitos pertinentes”. (Naciones Unidas,. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; 1999. Pg. 98).

⁷⁰ Una noción práctica de las consecuencias accesorias ofrece Choclán Montalvo, quien las define como “...aquellas que se imponen al sujeto como consecuencia jurídica de la realización de un hecho punible, pero que no cumplen los fines propios de la pena ni se destinan de modo directo a reparar el daño civil”. (Choclán Montalvo, José Luis. 2000 Op. cit. Pg. 338)

⁷¹ A pesar que en el presente trabajo se parte de la idea de que existe un comiso como consecuencia accesoria del delito, se debe reconocer que no existe consenso sobre el objeto sobre el cual recae la accesoriedad, pues dependiendo de la legislación, esta puede variar de ser una consecuencia accesoria del delito o, ser una consecuencia accesoria de la pena o de la responsabilidad penal, aspecto que si bien, a primera vista, pareciera que no tiene mayor incidencia en su reconocimiento, desde el punto de vista probatorio si presenta serios efectos, en especial, con relación a la acreditación de sus

elementos al análisis del instituto, pues al prescindir de la culpabilidad, como factor de legitimación de la imposición de esta sanción, se abre la posibilidad de realizar juicios de valoración a través de la verificación de elementos que generalmente son ajenos al derecho penal como, por ejemplo, la confrontación de los actos de adquisición o destinación del bien conforme a la legalidad del acto jurídico o los postulados de la buena fe y diligencia debida, elementos que sustituyeron el juicio de responsabilidad, para poder justificar el comiso de bienes de terceros o de personas jurídicas a partir de elementos distintos de la declaratoria previa de responsabilidad penal.

Sin duda, reconocer la naturaleza de sanción *sui generis* del comiso, por constituir una consecuencia del delito, ha sido uno de los avances más grandes en la evolución de la figura, pues permitió superar una de sus principales limitantes, como lo era, el condicionamiento de su reconocimiento a la declaratoria previa de responsabilidad penal del titular del bien comprometido en una circunstancia de comiso, lo que facultó a las autoridades judiciales a extender la pretensión de comiso sobre bienes de terceros y personas jurídicas que no hubiesen intervenido en la conducta típicamente antijurídica.

Sin embargo, este paso evolutivo no prescindió del todo de la imputación penal, como fundamento de legitimación del reconocimiento de la consecuencia jurídica, toda vez que su carácter mixto, aún demandaba el reconocimiento jurisdiccional del vínculo o nexo de relación del bien, con una conducta típica y antijurídica, que por lo general, se realizaba a través de la declaratoria de responsabilidad de una persona

elementos estructurales. De ahí que no siempre los problemas que presenta el comiso en las distintas jurisdicciones son iguales, a pesar de que compartan la idea de una naturaleza del comiso como consecuencia accesoria.

comprometida con el delito, pero distinta del titular del bien; como, por ejemplo, cuando se pretendía el comiso del vehículo utilizado como medio de transporte para facilitar un secuestro, el cual pertenece a la esposa del autor de tal conducta (penalmente responsable), que sin haber participado en el delito, si consintió o fue permisiva frente a la ilícita destinación de su bien.

Es claro que al concebirse el comiso como una pretensión penal, este queda condicionado a que su declaración se realice dentro del marco del proceso penal y deba ser declarado por un juez de dicha jurisdicción. Por ello, su reconocimiento como consecuencia accesoria del delito, a pesar de ser una pretensión distinta a la declaratoria de responsabilidad penal, debe observar un debido proceso para garantizar los derechos del titular del bien, lo que generalmente se realiza a través de un trámite accesorio o incidental. Como tal, todo procedimiento accesorio o incidental requiere para su existencia la coexistencia de una actuación principal.

Es aquí donde la naturaleza del comiso como consecuencia accesoria presenta su mayor limitación, pues su reconocimiento siempre estará condicionado a la preexistencia de un proceso penal donde se haga declaraciones de responsabilidad de dicha índole. De no existir una pretensión de declaratoria de responsabilidad penal principal, donde se acredite objetivamente la existencia del delito y de donde se pueda inferir su vínculo o nexo de relación entre la conducta típica y antijurídica con el bien, la pretensión de comiso no puede generarse.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

Sería el caso, por ejemplo, del vehículo y el inmueble utilizados en un delito de secuestro, donde los únicos responsables mueren en el operativo policial de rescate del secuestrado. En este evento, se impone la extinción de la acción penal por muerte de los implicados y la pretensión de comiso no puede subsistir, pues debido a su condición accesoria atada a la pretensión penal, a pesar de tener acreditado el probable vínculo de los bienes con el delito, el caso no puede llegar a la instancia jurisdiccional correspondiente donde pueda resolverse la pretensión de comiso, pues su reconocimiento siempre va a estar condicionado a la preexistencia de una acusación penal; es decir, la pretensión accesoria sigue la suerte de la principal.

En la práctica judicial, son múltiples los eventos en los cuales la pretensión de comiso no alcanza a llegar al debate jurisdiccional, debido a circunstancias de orden sustancial o procesal que impiden que prospere la pretensión penal principal, como serían los casos de prescripción de la acción penal, de renuncia a la misma por aplicación de un criterio de oportunidad, por ausencia o contumacia del acusado, por decisión absolutoria a favor de quien no tiene ninguna relación con los bienes comprometidos con el delito, entre otros eventos en los cuales resulta imposible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal.

También suelen presentarse distintos eventos en los cuales, dentro de una investigación penal, se logran identificar bienes de probable origen o destinación ilícita, pero que no guardan relación alguna con el hecho delictivo investigado, como sería el caso de la casa destinada como expendio para la venta de drogas, que es allanada y se capturan en flagrancia a sus propietarios, pero a su vez, se encuentran escrituras de valiosos inmuebles a nombre de los detenidos o familiares, adquiridos un

año antes del hecho que es objeto de investigación. Si bien en este caso no existe duda sobre la viabilidad de la pretensión de comiso sobre el inmueble destinado como medio para la venta de sustancias ilícitas, no sucede lo mismo con relación a los otros inmuebles identificados, los cuales, si bien resulta probable que su origen se relacione con las actividades ilícitas acreditadas a sus propietarios, su adquisición está por fuera del marco fáctico de la investigación principal y, por tanto, no podría sustentarse una pretensión de comiso dentro del mismo proceso penal.

Las anteriores circunstancias, junto con otras particulares de cada legislación, son las que permiten cuestionar la efectividad del comiso como una consecuencia accesoria del delito, pues si bien esta naturaleza de “sanción *sui generis*” presenta un importante avance dentro de la evolución del instituto, sus alcances y limitaciones no permiten colmar todas las expectativas de política criminal que recaen sobre esta figura, especialmente, frente a las necesidades particulares que se presenta en la persecución de delitos complejos, toda vez que las expresiones de la criminalidad actual, especialmente aquella de motivación económica, han puesto en evidencia que no basta con romper la dependencia del comiso frente a la responsabilidad penal, sino que además, se requiere superar la órbita de relación entre un bien ilícito con el delito investigado en un caso concreto. Incluso, la expectativa de efectividad va más allá, pues se requiere superar también la dependencia de la preexistencia de un proceso penal, constituyendo estos eventos los principales factores que han sustentado los avances actuales del instituto, hacia nuevas formas de comiso ampliado o hacia expresiones autónomas e independientes del proceso penal como los institutos de extinción, pérdida o privación de dominio.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

5. Naturaleza del comiso y sistema adversarial

Después de revisar el proceso evolutivo de la naturaleza jurídica del comiso penal, resulta claro que defender una naturaleza punitiva, pareciera ser un total despropósito, una idea absurda sobre la cual no valdría la pena discutir, pues como bien lo señala Patricia Vargas, el consenso mayoritario de la doctrina apunta a desconocer su carácter de pena⁷². Por el contrario, la tendencia mundial es la ampliación de los límites del comiso a través de figuras que no dependen de una condena penal, aunque sí del correspondiente proceso⁷³.

Sin embargo, lo que puede calificarse como una involución o retroceso, que sería retomar la naturaleza de pena del comiso, se debe ver más como un refinamiento en aquellos países de la denominada "corriente latinoamericana", que cuentan con un sistema penal adversarial acusatorio, y que además, han desarrollado formas de comiso *in rem*, como la extinción, pérdida o privación de dominio.

⁷² En este sentido Vizueta Fernández señala que: "En el Código Penal de 1973, como se sabe, el comiso era una pena accesoria. La doctrina puso de manifiesto los graves inconvenientes que se derivaban de una tal concepción. Al tener la consideración formal de pena, el comiso de los efectos e instrumentos del delito no podían imponerse en los casos en que el sujeto realizaba una conducta típica y antijurídica pero actuaba sin culpabilidad (2). Además, el carácter personalísimo de la pena constreñía la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal.

De este modo, los efectos e instrumentos del delito pertenecientes a un tercero quedaban extramuros del comiso, tal y como expresaba la dicción legal «los unos y los otros (efectos e instrumentos) serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito»". (Jorge Vizueta Fernández. Comiso: ¿Consecuencia accesoria de una pena?. Diario La Ley N° 6643. 2007).

⁷³ Ejemplo de este proceso evolutivo al interior del proceso penal lo representa las nuevas formas de comiso contenidas en la Ley Orgánica N° 1 del 2015 que complementa las circunstancias de comiso existentes en el artículo 127 del Código Penal español, donde además de ampliar más los alcances del denominado comiso ampliado, se crean formas de comiso sin condena y comiso sobre bienes de terceros que superan ampliamente la deficiencias y limitantes en la legislación penal española.

Lo anterior, toda vez que si un país cuenta con un sistema penal que responde al esquema de un proceso adversarial, de partes, no es extraño considerar la necesidad de reducir al máximo la intervención de terceros ajenos al objeto principal del debate con el fin de evitar romper el equilibrio de partes, pues es claro que dentro del proceso penal, los derechos, garantías y pretensiones de cualquier tercero, serán tratados a través de un proceso incidental, como un asunto intrascendente, de segundo orden, subordinado a los términos y resultados de la pretensión penal principal.

Y es que ampliar el ámbito de acción del proceso penal a pretensiones sobre derechos patrimoniales de terceros ajenos a la relación jurídica principal, si bien puede apreciarse como una medida necesaria, no es coherente con el sistema de garantías que debe operar en un Estado Social de Derecho, pues la discusión de los derechos de ese tercero, en este caso los derechos a la propiedad, domicilio, trabajo, condición de vida digna y demás derechos que se pueden ver afectados con una pretensión de comiso, se condicionan al desarrollo de un proceso que es completamente ajeno para el afectado, con lo cual, se inhibe la posibilidad a ese tercero de ser protagonista de su propio proceso, donde sus derechos se garanticen directamente como actor principal y se le reconozcan todas las garantías de un debido proceso como el extremo pasivo de la relación jurídico procesal, y no, como un convidado accidental o incidentante, como suele suceder en aquellas legislaciones que permiten el comiso dentro del proceso penal de bienes a nombre de personas distintas al penalmente responsable.

En otras palabras, en los países donde existe un sistema penal de corte acusatorio, adversarial, concentrado y garantista, la

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

tendencia es que el comiso retome su naturaleza jurídica penal, pues la situación de los bienes que detentan personas distintas del acusado o condenado, o donde no resulte posible obtener una declaratoria de responsabilidad penal respecto a su titular, lo más recomendable y sano para el sistema, es que dichos problemas no sean debatidos de forma incidental dentro del proceso penal, sino que por coherencia sistémica, se avoquen a través de un proceso de decomiso sin condena o de extinción de dominio, que como se analizará más adelante, han sido diseñados para superar todos los inconvenientes que presenta el proceso penal, y por tal razón, admite casi todos los eventos de comiso que generalmente resultan improcedentes dentro del proceso penal adversarial.

C. Evolución y clasificación del comiso

Todas las decisiones relacionadas con el comiso penal, conllevan la limitación o restricción de distintos derechos fundamentales⁷⁴; por tanto, es imperativo preservar las garantías

⁷⁴ Las medidas de afectación de bienes con fines de comiso no solo afectan el derecho a la propiedad, pues en múltiples ocasiones sus efectos repercuten en otros derechos, como bien destaca la jurisprudencia constitucional colombiana que al respecto ha señalado que *"La afectación del derecho a la propiedad tiene incidencia directa en el efectivo goce y respeto de otros derechos que como la vivienda digna, el trabajo, el mínimo vital y la propia vida entre otros, imponen el deber al juez constitucional de garantizar la protección oportuna del derecho a la propiedad privada, por consolidarse que entre éste y otros derechos de carácter fundamental existe una inescindible conexidad"* (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T.1321 de 2005). En similar sentido la Sentencia T. 1000 de 2001, con relación a la vulneración de los derechos al trabajo y el libre ejercicio de profesión u oficio tras la errada incautación de un taxi *"En este caso, la retención del vehículo (taxi), lesiona el derecho al trabajo del accionante, y por consiguiente, la subsistencia de él como de su familia. Esto ocurre porque, el tutelante carece de vinculación laboral alguna que le posibilite obtener ingresos, y los mismos dependen del ejercicio de su oficio de taxista, a través de la utilización del automotor como único medio económico a su alcance para obtener la renta esencial destinada a la satisfacción básica de necesidades. Por lo tanto, ante la imposibilidad para el tutelante del ejercicio de su derecho al trabajo y del libre ejercicio de su oficio, derechos fundamentales reconocidos en los artículos 25 y 26 de la Constitución Política, se produce fácticamente una situación que pone en serio peligro las condiciones de subsistencia de él y de su familia."*

mínimas de motivación y fundamentación suficiente de las decisiones relacionadas con este instituto. Sin embargo, como quiera que no todas las circunstancias de comiso son iguales o responden a los mismos fundamentos de legitimación, para poder garantizar de manera efectiva los derechos de los potenciales afectados y respetar seriamente los principios de legalidad, debido proceso, contradicción y defensa, resulta indispensable conocer detalladamente los presupuestos, el contenido, alcance y límites de cada una de las circunstancias de comiso a través de la identificación de sus elementos distintivos.

No obstante lo anterior, se debe reconocer que en materia de comiso penal no es fácil realizar una clasificación específica, pues esta dependerá de la perspectiva con la que se asuma la valoración del objeto, la que a su vez estará determinada por la orientación jurídica que influencie dicha valoración. De ahí que se presentan diversas posturas frente al comiso, según el tipo de sistema jurídico donde se desarrolle: inquisitivo, acusatorio o mixto. Incluso, dependiendo del tipo de cultura jurídica predominante, ya sea anglosajona, europea, latinoamericana, asiática, etc., donde si bien existen nociones similares frente a su concepto, los distintos sistemas legales obligan a que la valoración de los problemas que se relacionan con este instituto, se aborden desde puntos de vista diferentes.

Lo anterior, como quiera que no tiene el mismo enfoque discutir el tema de los bienes de origen o destinación ilícita que pertenecen al autor o participe del delito, de aquellos que pertenecen a un tercero; tampoco es fácil hablar de los bienes que tienen relación con el delito de aquellos que no guardan ningún vínculo con este, pero que aun así, se pueden comisar; o

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

de aquellos bienes que son objeto de comiso cuando existe responsabilidad penal o, cuando no se requiere de ella; o si el comiso requiere ser declarado dentro del proceso penal o por fuera de este; o si cierta circunstancia de comiso solo se encuentra consagrada para delitos comunes, o prevalecen las medidas especiales de afectación para delitos graves, como aquellos que se tratan en leyes especiales contra el narcotráfico o el crimen organizado, debiendo reconocer que esta última perspectiva constituye uno de los principales factores que mayor impulso han dado al proceso evolutivo del instituto.

De ahí que resulte complejo comprender o adaptar algunas formas de comiso en sistemas o culturas jurídicas diferentes a aquellas donde se han generado. No es extraño encontrar en la doctrina discusiones o críticas de ciertas formas de comiso a partir de valoraciones realizadas desde un enfoque y contexto jurídico diferente a aquel que inspiró su concepción. Ejemplo de esta problemática lo representa la extinción de dominio de Colombia, que surgió en 1996 como la adaptación del comiso civil o *in rem*, instituto de larga tradición en países con un sistema penal acusatorio de orientación jurídica angloamericana; en su momento, esta figura fue fuertemente cuestionada desde la perspectiva de un sistema inquisitivo y formalista, de acuerdo con la cultura jurídica predominante para la época.

Sin duda, los problemas de coherencia sistémica generados a través de esta adaptación forzada del instituto se reflejaron en el fracaso de la primera ley de extinción de dominio, problema que solo pudo superarse, de manera progresiva, a partir del momento en que esta figura empieza a evolucionar con el

tránsito de un sistema inquisitivo a un sistema penal acusatorio⁷⁵, logrando ser reconocida en la actualidad como un instituto garantista altamente efectivo en la persecución de bienes ilícitos⁷⁶.

Proceso similar se viene presentando en Europa en países como España, cuna de importantes avances que han tenido una notoria repercusión en la legislación latinoamericana, donde el proceso evolutivo es más complejo aún, pues los institutos se desarrollan a partir de las directivas europeas contenidas en Decisiones Marco que contienen directrices generales con fuerza vinculante. Es por ello que el proceso de adaptabilidad e integración de las nuevas formas de comiso es más complejo que en América Latina, pues cada nueva recomendación se inspira en formas de comiso que son efectivas para algún sistema jurídico de la comunidad europea, pero que a su vez, pone en evidencia las deficiencias del instituto en otras legislaciones.

A esta conclusión se puede llegar luego de revisar los estudios doctrinales realizados sobre las cuatro modificaciones sustanciales al comiso penal que se han registrado en los últimos

⁷⁵ Se debe precisar que los cambios sustanciales de la extinción de dominio se dieron a través de la Ley 793 de 2002, la cual se tramitó en el Congreso Nacional de Colombia al mismo tiempo que se discutía la reforma constitucional que permitió la implementación del Sistema Penal Acusatorio, razón por la cual las discusiones de la ley extintiva, estuvieron influenciadas, en gran parte, por la filosofía, principios e institutos del nuevo sistema penal. Si bien esta figura no es penal, si fue diseñada como un instituto que se vale y complementa del sistema penal, presentando rasgos y elementos comunes, especialmente en cuanto al tema de investigación y pruebas.

⁷⁶ Actualmente Colombia cuenta con un Código de Extinción de Dominio, el cual fue diseñado a la medida del sistema jurídico que se viene consolidando durante la última década, pues se integra, armoniza y complementa con el sistema penal de tendencia acusatoria predominante en la actualidad. Asimismo, esta codificación se estructuró acogiendo todos los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la materia, los cuales han servido para fundamentar sus reglas e institutos.

veinte años⁷⁷ a través de la Leyes Orgánicas 10 de 1995, 15 de 2013, 5 de 2010 y 1 de 2015, donde se pone de presente que cada una de estas reformas, no solo buscan adaptar el comiso conforme a los estándares regionales, sino que además son producto de la revisión técnica que persigue optimizar la eficacia del instituto y suplir las deficiencias detectadas en el proceso de adaptación de las nuevas formas de comiso contenidas en las mencionadas directrices a su propio sistema jurídico, por lo que se puede concluir que la tendencia Europea también está en la línea de dar solución a los mismos problemas prácticos detectados en América Latina, con la diferencia de que en el viejo continente la solución se plantea desde la perspectiva del proceso penal, mientras que en Latinoamérica las soluciones se plantean por fuera de este⁷⁸.

Así mismo, como los avances e innovaciones se vienen registrando en distintas culturas jurídicas, resulta imposible partir de un proceso de evolución gradual; por el contrario, se debe admitir que los avances se han presentado generalmente en distintas etapas y en diversas legislaciones, sin que se pueda decir que una forma de comiso es producto de la mutación de una anterior, pues por lo general, estos avances responden a la necesidad coyuntural de algún Estado de superar las deficiencias de sus propios instrumentos, desarrollando nuevos modelos que al mostrar alguna efectividad, comienzan a irradiarse a otros países, como ha sucedido, por ejemplo, con las

⁷⁷ Sobre este aspecto, de enorme ilustración resultan los serios análisis presentados por la profesora Teresa Aguado en el artículo "Comiso: crónica de una reforma anunciada". InDret. 2014; en el mismo sentido Margarita Roig Torres en la "Regulación del Comiso. El modelo alemán y la reforma española".

⁷⁸ A pesar que tan solo cinco países cuentan con leyes especiales de extinción de dominio, son varios los Estados que han intentado iniciar el proceso de adopción de este instituto, existiendo al momento de este estudio proyectos en discusión en Costa Rica, Paraguay, Argentina, Brasil, República Dominicana; además, países como Ecuador, Bolivia, entre otros, también han contado con proyectos de leyes de extinción de dominio que no pudieron ser concretados.

formas de comiso ampliado y decomiso sin condena que se han venido homogenizando en el contexto europeo gracias a las decisiones marco del Consejo de Europa, o con la extinción de dominio (perdida o privación), que se viene desarrollando dentro del contexto latinoamericano, y que viene siendo impulsada a través de recomendaciones no vinculantes contenidas en documentos de organismos multilaterales como las Naciones Unidas⁷⁹.

Por todo lo anterior, se considera necesario abordar conjuntamente los temas del proceso de evolución del comiso en Latinoamérica junto con la clasificación de sus principales formas o expresiones, debiendo advertir que la evolución que aquí se plantea no se ajusta a una línea de tiempo progresiva⁸⁰; tampoco se puede afirmar que el orden que se sugiere, signifique considerar que un modelo se encuentre en un estado superior al otro, pues cada etapa registra formas de comiso que presentan tantas bondades como dificultades, según el sistema jurídico donde se desarrolle.

Por ello, se proponen abordar el estudio de las clases de comiso en Latinoamérica a través de dos grandes grupos: el primero, atendiendo a sus criterios básicos de valoración, donde se clasificarán las circunstancias de acuerdo con el origen o destinación ilícita del bien; y, el segundo, de acuerdo con su relación con el tema penal (el delito, la responsabilidad penal o

⁷⁹ Dentro de esta experiencia se destacan los proyectos de Ley Modelo de Extinción de Dominio y Juicio Simulado de Extinción de Dominio impulsados por la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas.

⁸⁰ Si bien para algunos países como Colombia, México, Guatemala, Perú, El Salvador y Honduras, la cúspide evolutiva del comiso se manifiesta a través de institutos de extinción, pérdida o privación de dominio, se debe tener en cuenta que esta figura no presenta mayor novedad, pues se trata de la adaptación latinoamericana del comiso civil o *in rem* que lleva una larga tradición en las culturas jurídicas de corte angloamericano.

el proceso penal), donde se analizaran las distintas clases de comiso que se estructuran a partir del vínculo que tiene el bien con el delito, clasificación práctica que permite apreciar de mejor manera el proceso evolutivo que ha tenido esta figura desde sus formas tradicionales, hasta las nuevas tendencias de comiso ampliado, comiso sin condena y extinción de dominio.

1. De acuerdo con los criterios básicos de valoración

En materia de comiso penal se puede reconocer, a primera vista, dos grandes grupos de circunstancias de comiso que presentan diferentes fundamentos de legitimación o, en palabras de Gracia Martín, “criterios de valoración fundamental”⁸¹, clasificación que se acentúa más en la extinción de dominio, donde estos dos grupos, a pesar de prever la misma consecuencia jurídica, van a partir de criterios de valoración o fundamentos de legitimación completamente diferentes, de acuerdo con el interés jurídico que subyace en la descripción de la norma. Por ello, tanto las formas de comiso, como las causales o presupuestos de extinción de dominio se pueden clasificar dependiendo de si la descripción normativa cuestiona la procedencia del bien o su utilización. Desde este

⁸¹ Importante la invitación que realiza el profesor Gracia Martín de partir del análisis de la naturaleza jurídica del objeto, al indicar que “Es una realidad fácilmente constatable que el ordenamiento jurídico consta de regulaciones jurídicas de diversa naturaleza y con distintas finalidades. Para ello, basta confrontar por ejemplo las normas que regulan la colación de la herencia y fijan sus consecuencias con las que regulan la conducta delictiva y le atribuyen asimismo consecuencias. Cada una de dichas regulaciones, según lo expuesto arriba, tiene un objeto diferenciado y se rige asimismo por sus propios criterios valorativos fundamentales, que resultan ya de la misma naturaleza del objeto. Para comprender la estructura de la regulación jurídica penal, dado que la misma tiene por objeto el delito, y que establece los presupuestos de la atribución de responsabilidad penal, es preciso recordar que ésta es el resultado de una sucesión de valoraciones parciales de la conducta humana y de su autor...” (Gracia Martín, Luis. Fundamentos de dogmática penal. Una introducción de la concepción finalista de la responsabilidad penal. 2006. Ed. Atelier, Barcelona. Pg. 83-84)

punto de vista, tanto las circunstancias de comiso como las causales de extinción de dominio se pueden clasificar según su origen o destinación:

a) Comiso por el origen ilícito de los bienes

El primer grupo de bienes objeto de comiso está caracterizado por aquellos que tienen fuente u origen directo o indirecto en un delito, correspondiendo a las descripciones de los bienes que son producto, efecto, objeto del delito, o que constituyen sus ganancias, frutos, transformación o equivalencia, los cuales parten del principio de que el delito no puede generar derechos. Por tanto, el comiso de bienes de origen delictivo se va a fundamentar, en la necesidad de devolver el equilibrio del ordenamiento jurídico que debe ser restaurado a través de la pérdida de dominio del bien ilícito a favor del Estado.

Sobre el fundamento de legitimación de las circunstancias de comiso sobre bienes de origen ilícito, Isidoro Blanco Cordero, destaca lo siguiente:

El comiso ampliado no tiene los mismos fines que la pena criminal, sino que pretende remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos. Fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado. Persigue un objetivo preventivo, evitando la reinversión de las ganancias de origen delictivo por parte de las organizaciones criminales, con lo que se basa en el

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

correspondiente pronóstico de peligrosidad (al estilo de las medidas de seguridad).

También tiene una finalidad preventivo general (aspecto positivo de la prevención general positiva), pues persigue reducir el incentivo a la comisión de delitos que supone la obtención de ganancias. Complementa así la función de la pena, cuya eficacia resultaría cuestionada si pese a su imposición las ganancias del hecho se mantuvieran en manos del delincuente. Privando a los delincuentes de sus ganancias se les envía un mensaje (también a toda la sociedad) en el sentido de que el enriquecimiento penalmente ilícito no es tolerable y que el delito no es una actividad lucrativa.⁸².

b) Comiso por destinación ilícita

La otra clasificación está relacionada con la destinación ilícita de los bienes, es decir, aquellos objetos materiales e inmateriales de los que se vale el autor para preparar o ejecutar un delito. Está compuesta por aquellas formas de comiso en cuya descripción normativa se prevé una relación funcional, instrumental o de disposición entre el bien y un delito concreto, relación que puede acreditarse, ya sea en la fase preparatoria, consumativa o post consumativa del delito, donde el reconocimiento de la consecuencia jurídica se determinará por el peligro que representa el bien para atentar o poner en riesgo un bien jurídico.

Dentro de esta clasificación se debe distinguir el comiso de bienes destinados en función de un delito, que generalmente comprende las ilicitudes previas a su consumación; el comiso de instrumentos o medios del delito, que se verifican por su directa

⁸² Blanco Cordero, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. En Criminalidad Organizada, Terrorismo e inmigración. Retos Contemporáneos de política criminal. Editorial Comares; Granada, 2008. Pg. 94.

relación durante la fase consumativa de la infracción penal; y, otras circunstancias de comiso por destinación que se concretan en la fase post consumativa de los delitos, cuando se verifica la mezcla u ocultamiento de bienes lícitos con ilícitos, circunstancias últimas que no guardan una relación directa entre el bien y el delito.

A diferencia del comiso sobre bienes de origen ilícito, la privación del dominio de los bienes destinados ilícitamente se va a sustentar en la necesidad de neutralizar el peligro potencial que estos representan. Al respecto, Tomás Gálvez y Walter Delgado, destacan lo siguiente:

El fundamento jurídico del comiso de los instrumentos del delito no es, como en algún momento se entendió, la culpabilidad o la peligrosidad criminal, sino la peligrosidad objetiva de los instrumentos (la que sin embargo, en algunos casos deberá de vincularse con ciertos criterios subjetivos respecto a la conducta, intención o voluntad del agente), es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros, para cometer nuevos delitos. El medio o instrumento, puede pertenecer al propio agente del delito o a tercero, pues en ambos casos estará presente la peligrosidad.⁸³

2. De acuerdo con la relación del bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal

Como se mencionó anteriormente, no se puede afirmar que el comiso penal ha presentado un proceso evolutivo lineal o sucesivo que permita determinar con claridad su estado actual. Sin embargo, las formas de comiso que han surgido a lo largo

⁸³ Delgado, Walter; Gálvez, Tomás. Op. cit. 2013. Pg. 156)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

del tiempo, tienen como común denominador la exigencia de acreditación de una relación directa o indirecta entre el bien con el delito, la responsabilidad o el proceso penal; dependiendo del tipo de relación (producto, instrumento, objeto, equivalencia, ganancia, etc.) se elaboran las distintas descripciones normativas que estructuran las diferentes clases de comiso.

Se debe precisar que la clasificación que aquí se adopta no pretende desestimar las otras clasificaciones que existen en la doctrina sobre este instituto, que en algunos sistemas jurídicos se enmarcan dentro de un comiso de primer o de segundo grado, según la proximidad que tenga el bien cuestionado con el delito, ya sea por una relación directa o indirecta con este. Para el presente análisis, esta clasificación sigue teniendo pleno valor, pero se reconoce también que existen nuevos elementos que entran en juego al momento de definir las clases o formas de comiso, como son la vinculación del bien con la responsabilidad penal o con un proceso penal.

Es por ello que a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988⁸⁴, se pueden distinguir o marcar tres etapas o hitos evolutivos, partiendo de las formas de comiso directo o tradicional, pasando por las nuevas propuestas que se incluyen en la convención o formas de comiso indirecto o sin relación con el delito (por mezcla, equivalencia, entre otros), hasta llegar

⁸⁴ Se toma como punto de referencia las recomendaciones introducidas en el artículo V de la Convención de Viena de 1988, pues a nuestro juicio, es a partir de este instrumento internacional que se empieza a marcar un nuevo hito de evolución del comiso penal, pues además de recomendar las circunstancias tradicionales del comiso (producto, instrumentos, etc.) se propone la adopción de nuevas formas de comiso de bienes que no guardan relación directa con el delito, como el comiso indirecto o de bienes derivados, por valor equivalente, mezcla, etc.

a la extinción de dominio y las demás figuras de comiso *in rem* o sin condena.

3. Comiso directo o tradicional

En cada legislación se suele describir las clases de comiso de distintas formas. La doctrina y la jurisprudencia las suele denominar también como “circunstancias de comiso”, “bienes objeto de comiso”, “formas de comiso” o “eventos de comiso”, etc.; descripciones que buscan realizar una precisión técnica del instituto desde la perspectiva del principio de legalidad.

Dentro del comiso tradicional, también denominado comiso basado en condena⁸⁵, comiso de primer grado o comiso ordinario, se analizaran aquellas circunstancias que de acuerdo con el proceso histórico de evolución de la figura, constituyen las formas generales y elementales que son comunes a la mayoría de codificaciones penales y que recaen sobre aquellos bienes que tienen una relación o vínculo directo con el delito, ya sea por ser producto, medio, instrumento u objeto del mismo. Estas circunstancias de comiso presentan una subordinación directa a la responsabilidad penal, al exigir dentro de su ámbito subjetivo, una relación directa entre el bien con el penalmente responsable, ya sea por ser propietario o titular real o beneficiario final de los derechos patrimoniales comprometidos.

⁸⁵ Para Teresa Aguado, las nuevas circunstancias de comiso que se recomiendan a través de las propuestas de directivas europeas, tendrían la siguiente clasificación “según se utilice la terminología de la Propuesta de Directiva o la del Proyecto, contempladas en estos textos: a) decomiso o comiso basado en condena o “comiso directo”; b) decomiso o comiso ampliado; c) decomiso o comiso no basado en condena; d) decomiso o comiso de terceros.” (Aguado Correa, Teresa. Comiso: crónica de una reforma anunciada. InDret. Barcelona. 2014. Pg. 13)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

Al respecto, se debe precisar que en materia de comiso directo, el ámbito objetivo demanda demostrar una directa relación entre el bien con el delito, ya sea por su origen o destinación ilícita. En el ámbito subjetivo, el nexo de relación que se exige, generalmente hace relación a que el titular o propietario del bien pretendido por vía de comiso, sea a la vez, el penalmente responsable; frente a ello, se debe precisar que dicha relación de titularidad no es nominal, pues al convencimiento sobre tal condición se puede llegar por vía indirecta, en aquellos casos en que la titularidad real se esconde tras prestanombres o testaferros, por lo cual, basta con demostrar quién es el beneficiario final⁸⁶ del bien o el titular en la sombra, como bien lo destaca la doctrina uruguaya, que sobre el particular ha señalado lo siguiente:

Ello no obstante, cuando hablamos de propiedad, no estamos hablando de aquellos bienes que formalmente son de propiedad del condenado, sino aquellos que son realmente de su propiedad aun cuando figuren a nombre de testaferros o sociedades. Es por ello que la legislación nacional al establecer el ámbito subjetivo del decomiso estableció que comprende los bienes que el condenado sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de éstos sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Y la misma norma agrega a que los fines del decomiso se considerará al condenado por éstos delitos beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica

⁸⁶ Al respecto se destaca la redacción del artículo 23 del Código Penal argentino que señala que "...Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos...". Una fórmula similar es la adoptada por el Código Penal paraguayo en su artículo 90, que señala: "2° Cuando el autor o el partícipe haya actuado por otro y éste haya obtenido el beneficio, la orden de comiso especial se dirigirá contra el que obtuvo el beneficio."

intermedia. (art. 63.5 del decreto ley 14.292 en la redacción dada por el art. 2 de la ley 18.494)."⁸⁷

a) Comiso de bienes producto del delito

Los bienes que constituyen el producto del delito representan una de las primeras circunstancias que históricamente han sido considerada como pasible de comiso penal; de ahí que es común a casi todas las legislaciones y tiende a ser objeto de recomendación en la mayoría de instrumentos internacionales relacionados con el tema criminal, donde suele incluirse una definición convencional⁸⁸ que delimita los alcances de este concepto. El comiso del producto del delito, conocido también como comiso de bienes derivados, hace relación a aquellos bienes que se originan o derivan directamente de la ejecución de la actividad delictiva, o como reconoce la doctrina⁸⁹, aquellos que son *“producidos, manipulados o transformados desde la propia conducta criminal”*⁹⁰; o, en términos más

⁸⁷ Díaz, Jorge. Op. cit. Pg. 195.

⁸⁸ Por ejemplo, el literal ‘P’ del artículo 1 de la Convención de Viena, define como “producto” *“los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”*. Esta definición se reitera en las convenciones de las Naciones Unidas contra la corrupción y la delincuencia organizada transnacional, y permite manejar un criterio extensivo de producto, que permite sustentar también otras formas de comiso con relación a bienes que constituyen el producto de una transformación, las ganancias del delito, sus frutos, rentas, etc., circunstancias que por no guardar una relación directa entre el bien y la actividad delictiva, serán analizadas más adelante.

⁸⁹ Patricia Vargas, Op. cit. Pg. 37.

⁹⁰ Dentro del contexto español, esta definición también es utilizada para los “efectos del delito”. Sobre el particular, González Cussac señala: “En cuanto a su contenido, puede distinguirse, esquemáticamente, del modo siguiente. Por efectos se entienden los objetos creados, transformados o manipulados desde la propia conducta delictiva (v. gr. los documentos falsificados), pero no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma (dinero, joyas,). (González Cussac, José Luis. Decomiso y Embargo de Bienes. En “La armonización del derecho penal español: una armonización legislativa” 2005. Secretaría de Estado de Justicia. Pg. 14).

sencillos, al decir de Vizuela Fernández, aquello “cuya existencia se debe a la comisión del delito”⁹¹.

Sin embargo, sus límites varían según la legislación donde se desarrolla, pues por lo general, siguiendo las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales que hacen relación a la persecución del producto “directo o indirecto” del delito, este tipo de comiso suele abarcar también otro tipo de bienes que se suelen clasificar como formas de comiso diferentes a las del “producto”; como por ejemplo, el comiso de “ganancias”, “efectos”, “frutos” u “objeto” del delito, entre otras circunstancias.

Se debe tener presente que no basta con que un bien sea calificado como producto para que sea objeto de una pretensión de comiso, pues además de cumplir dicha condición, el bien deben tener la vocación de ser susceptible de apropiación o aprovechamiento⁹², para que puedan revestir un interés jurídico penal. Por ejemplo, en el delito de defraudación de servicios públicos, si alguien se apropia de agua luz, gas, etc., ese bien material o inmaterial, así sea fungible, se puede considerar como producto directo del delito. Sin embargo, su carácter inmaterial impide que dicho producto pueda ser susceptible de comiso penal. Pero si el agente, además de apropiarse de estos fluidos, en lugar de

⁹¹ Vizuela Fernández, Jorge. Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal. Revista electrónica de derecho penal y criminología. 2011. Pg. 20.

⁹² Como se mencionó anteriormente, no se puede confundir los conceptos de “efecto del delito” con el de “producto”, pues no cualquier cosa que proviene de un delito puede ser decomisible, pues algunos efectos deben ser objeto de destrucción, devolución o de un tratamiento jurídico diferente, mientras que el comiso, hace relación siempre al concepto de “bienes”, que como se mencionó anteriormente al revisar la definición propuesta por Velásquez Jaramillo (Op. cit. Pg. 2), tiene una connotación jurídica y demanda por lo menos la concurrencia de distintos elementos, como su utilidad para el ser humano, su carácter apropiable y su contenido patrimonial o económico, que genera ciertos derechos para su titular.

tener su aprovechamiento directo, lo usufructúa, vendiendo lo hurtado o defraudado a sus vecinos, la ganancia obtenida también llega a ser considerada producto y por tanto su materialidad sí permitiría fijar una pretensión de comiso sobre la ganancia obtenida.

Pero no siempre la identificación del producto del delito resulta tarea fácil, pues según la legislación y el sistema jurídico imperante, la descripción del producto también puede abarcar la de las ganancias del delito, como sucede en aquellos casos donde la misma descripción típica lleva implícita la obtención de un beneficio o incremento patrimonial, como sucede en los delitos contra el patrimonio económico, contra el sistema financiero, contra el orden económico o el interés patrimonial del Estado, entre otros, donde se utilizan descripciones normativas que aluden a conductas que tienen por finalidad obtener dicho beneficio, como por ejemplo: “se apodere”, “adquiera”, “reciba”, “se apropie”, “obtenga un incremento patrimonial”, “venda”, etc.; por ello, en estos casos, será producto - y no ganancia-, por ejemplo, el bien apoderado en el hurto, la adquisición de bienes en el lavado de activos, lo apropiado en la malversación o el peculado, el dinero o la dádiva recibida en la concusión o el cohecho, el pago realizado en la venta o comercialización en un tráfico ilícito, o el incremento patrimonial injustificado obtenido en el enriquecimiento ilícito, según el caso.

Situación distinta se presenta en aquellos delitos donde no se hace alusión alguna al tema patrimonial, como el narcotráfico, las falsedades, el homicidio, el falso testimonio, entre otros, etc., en los cuales, el tema patrimonial o económico no forma parte de la descripción típica. Por esta razón, resulta necesario tratar

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

los temas de ganancias, frutos, transformaciones, etc., a través de formas de comiso independiente.

De otro lado, se debe destacar que por regla general, el comiso de los bienes que son producto del delito solo procede frente a conductas dolosas, pues si se tiene en cuenta la distinción técnica entre “producto” y “efecto” del delito, se debe reconocer que detrás de todo producto, subyace un proceso consciente y voluntario dirigido a un fin delictivo; por tanto, muy difícilmente, por no decir imposible, se puede generar “bienes”⁹³ que se consideren como un producto derivado de un delito imprudente, razón por la cual algunas legislaciones, como la ecuatoriana⁹⁴, prohíben expresamente la modalidad de comiso imprudente. No obstante lo anterior, también se debe reconocer que por excepción, existen algunas formas de producto provenientes de un delito imprudente, como lo reconoce el numeral segundo del artículo 127 del Código Penal español, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015, que

⁹³ Se hace énfasis en el concepto de “bien”, como producto del delito, dado su contenido patrimonial y económico como se mencionó anteriormente, y no de objeto o cosa, pues sin duda, “cualquier cosa” se puede generar a través de un proceder imprudente, sin que ello quiera decir que dicho producto deba ser pasible de afectación con fines de comiso, pues además de que debe cumplir con la condición económica o patrimonial del concepto civil de “bien”, dicho producto no debe ser objeto de otras medidas de carácter patrimonial, como las relacionadas con su vocación probatoria (cadena de custodia), o la necesidad de destrucción o el restablecimiento del derecho. Lo anterior, como quiera que no se pretende desconocer que existen casos en los cuales la doctrina ha reconocido la posibilidad de existencia de un “producto” derivado de una conducta imprudente, como el caso del documento falsificado a través de una acción culposa, evento en el cual, dicho producto se deberá tratar de acuerdo con sus fines probatorios o de destrucción, pero nunca por vía del comiso penal. Lo mismo sucede con la propuesta frente al producto de lavado de activos imprudente (Patricia Vargas. Op cit. Pg. 87), hipótesis que consideramos inconsistente, como quiera que dicha forma de lavado siempre será complementaria o accesoria respecto a un lavado de activos que es realizado dolosamente por el interesado; además, que sin duda, su objeto material siempre se derivará de delitos dolosos subyacentes y no imprudentes.

⁹⁴ Numeral 2º del artículo 70 del Código Penal de Ecuador: “Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos.”

establece que “2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.”. Al respecto, si bien esta normatividad admite la posibilidad de perseguir el producto de una conducta imprudente, no son claros los fundamentos de legitimación de esta forma de comiso, ni tampoco los posibles eventos en que dicha circunstancia puede concretarse.

De otra parte, se debe precisar que los bienes producto del delito, también son objeto de persecución a través de las causales de extinción de dominio, que también prevé circunstancias ilícitas que recae sobre el bien y coinciden con los fines esenciales del instituto: repudiar todo lo que se deriva de un proceso delictivo. Sin embargo, a diferencia del comiso penal, la generalidad es que en materia de extinción de dominio se maneja un concepto amplio de producto, que no solo abarca el producto directo, sino también el indirecto, pues al salir el comiso del proceso penal, los fundamentos de legitimación son diferentes, lo que permite manejar una relación de causalidad más amplia; por ende, la extinción de dominio siempre hará relación al producto directo o indirecto del delito, comprendiendo así también las ganancias, frutos, los bienes obtenidos por sustitución o transformación, etc..

Es necesario advertir que si bien algunos bienes se pueden enmarcar bajo el concepto de producto del delito, no siempre

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

el comiso resulta ser la pretensión más idónea, especialmente, cuando el bien constituye también el objeto material de la conducta típica, aspecto que se reconoce como una circunstancia especial de comiso que tiene su propia problemática, como se analizará a continuación. Igual precaución se debe tener en aquellos eventos en los cuales el bien pasible de comiso pertenece a distintas personas (copropiedad), donde no todas ellas intervienen en el delito; o en los casos donde no existe propiedad sino posesión sobre el bien pretendido; o simples expectativas de derechos, eventos en los cuales, la pretensión de comiso debe ajustarse a los derechos que realmente resulten comprometidos con el delito y no sobre todo los derechos que recaigan sobre el bien, pues se corre el riesgo de vulnerar los derechos de posibles terceros.

b) Comiso de bienes que constituyen el objeto material del delito

Esta circunstancia de comiso hace relación a aquellos bienes que de acuerdo con la doctrina penal, constituyen el objeto material del delito; es decir, aquel “objeto material físico sobre el que recae la acción”⁹⁵. En la actualidad, esta forma de comiso es común a casi todas las legislaciones, al punto que también ha sido objeto de recomendaciones internacionales, pues se encuentra descrita en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de Viena (donde hace relación a sustancias psicotrópicas), y en las distintas legislaciones se alude a ella de distintas formas: comiso del objeto, comiso de efectos, comiso del cuerpo del delito e, incluso, como una forma de comiso de producto, con la cual guarda identidad en algunos tipos

⁹⁵ Muñoz Conde, Francisco. Teoría del Delito. Valencia. Tirant lo Blanch. Pg. 65.

penales (Lavado de activos, cohecho, concusión, extorsión, peculado, etc.).

Los límites entre el comiso del producto del delito con los del objeto material del delito suelen ser muy difusos, y si bien este aspecto no ha sido un problema en aquellas legislaciones donde se manejan formas omnicomprensivas de comiso, como la del “efecto del delito”, desde el punto de vista del derecho de defensa, este tipo de precisiones resultan garantistas y necesarias, por ejemplo, para precisar aspectos como la carga de la prueba o evitar imputaciones generalizadas.

Por ello, atendiendo a las características del bien, a la posición que este ocupe dentro del plan de acción criminal y, al nexo de relación que guarde el bien con alguno de los autores o partícipes del delito, se puede estructurar la pretensión de comiso, ya sea como producto u objeto del delito, como sucede por ejemplo, con el delito de cohecho con el bien o dinero o dádiva que ilícitamente se entrega al servidor público, el cual puede ser valorado como el objeto material del delito, desde la perspectiva del agente corruptor, o se puede apreciar como el producto del delito, cuando este es percibido por dicho servidor a cambio del acto realizado u omitido.

Si bien la línea de producto y objeto es muy delgada, se debe tener presente que sobre un mismo bien pueden recaer diferentes pretensiones de comiso, como sucede, por ejemplo, con los bienes objeto del delito de lavado de activos, donde su descripción típica hace relación a que deben ser bienes que son el producto de otros delitos (narcotráfico, corrupción, secuestro, etc.), pero al ser objeto de una conducta típica de lavado de activos, esos mismos bienes también constituyen el

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

objeto material de dicho delito, distinción que si bien pareciera irrelevante, resulta de utilidad en aquellos eventos en los cuales la pretensión de comiso se sustenta en una acción de lavado de activos que se desarrolla a través de conductas socialmente adecuadas o neutrales, como la administración de bienes, la inversión en bolsa, la compra de bienes, etc..

De otra parte, la distinción de los bienes que son objeto material del delito de aquellos que son producto o efecto del mismo, presenta una utilidad práctica con relación a las distintas consecuencias jurídicas que pueden concurrir con relación a la pretensión de comiso y que en algunos casos la excluiría, pues en ciertos delitos, el bien que resulta del proceso delictivo a su vez puede ser pasible de otro tipo de pretensiones o decisiones; por ejemplo, puede ser objeto de destrucción⁹⁶, como los productos ilícitos o prohibidos: alimentos o medicamentos adulterados, drogas, explosivos, armas, bienes objeto de violaciones de derechos de autor o propiedad industrial, etc.; u objeto de cadena de custodia por cumplir un fin probatorio, como el objeto material del delito de falsedad; o ser objeto de medidas de restitución o restablecimiento del derecho, en el evento de los dineros o bienes entregados como producto de un peculado, malversación, hurto, extorsión etc.; o pueden ser objeto de medidas administrativas de decomiso con fines de seguridad económica, donde se requiere adoptar una medida que evite un daño frente a un bien fungible o perecedero,

⁹⁶ La finalidad de destrucción no es común a todos los delitos, sin embargo son varias las conductas cuyo objeto material carece de interés para ser pretendido por vía de comiso penal, como bien resalta Guillermo Jorge: *"El decomiso de los elementos del delito, obiectum sceleris, se refiere en cambio a los bienes que resultan de la propia conducta delictiva –el documento público falsificado, las sustancias prohibidas, el pasaporte falsificado, etc.–. Tales objetos son normalmente destruidos con independencia de la culpabilidad o inocencia de su titular, o los derechos de terceros, lo que muestra que el fundamento de estos decomisos es de naturaleza preventiva. Este tipo de decomiso opera in rem, es decir, sin importar quién es el propietario o tenedor de los bienes"*. Op. cit. Pg. 69

como como sería el producto de la actividad ilícita de acaparamiento -producto primera necesidad – o el de tráfico de fauna silvestre, donde se hace necesario adoptar medidas inmediatas de disposición que eviten que los productos acaparados, leche o carne, por ejemplo, se dañen, o que la fauna recuperada se muera.

Esta circunstancia de comiso también se encuentra reconocida en algunas legislaciones como una causal o presupuesto de extinción de dominio⁹⁷ y a pesar que la descripción normativa hace relación al objeto material de actividades ilícitas, en la práctica debe reconocerse como la única causal delictiva de la extinción de dominio⁹⁸.

De otra parte, no se puede desconocer que esta circunstancia de comiso suele presentar algunos inconvenientes prácticos, pues no es ajena a los problemas de justicia material, en especial, frente al objeto material que debe ser restituido a la víctima en virtud del principio de restablecimiento del derecho,

⁹⁷ La extinción de dominio del objeto material del delito se reconoce en el numeral 5 del artículo 11 del Decreto 27 de 2010, Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito de Honduras; numerales I y IV del artículo 8° de la Ley Federal de Extinción de Dominio de México; literal a) del artículo 6° del decreto 534 de 2013, Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador; numeral segundo del artículo 16 de la Ley 1708 de 2014, Código de Extinción de Dominio de Colombia, entre otros.

⁹⁸ Al ser la extinción de dominio un instituto autónomo del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, las disposiciones normativas que lo desarrollan tienden a utilizar un lenguaje no penal, razón por la cual no se hace alusión a delitos sino a actividades ilícitas, aspecto formal que no presenta ningún tipo de reparo, como quiera que al ser las actividades ilícitas un elemento normativo de las causales extintivas, generalmente se encuentra definido en las mismas leyes que consagran el instituto. Por ejemplo, el literal a) del artículo 1 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas la define como ““Actividad ilícita”: Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.”. En el mismo sentido, el numeral primero del artículo 1 del Código de Extinción de Dominio de Colombia: Actividad ilícita: “*Toda aquella tipificada como delictiva, independiente de cualquier declaración de responsabilidad penal, así como toda actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley por deteriorar la moral social.*” .

como sucede con aquellos bienes que constituyen el objeto material de un delito de hurto, secuestro, peculado, malversación, extorsión, etc., los cuales deberían ser objeto de restitución o restablecimiento del derecho a la víctima, en aquellos casos donde resulte procedente, para evitar así el riesgo de revictimización.

Al respecto, resulta oportuno tener en cuenta que cada caso presentan su propias características; por tanto, las medidas de restablecimiento del derecho no pueden generalizarse de forma automática, pues no en todos los casos se puede demostrar que un bien comisado guarda una relación directa con una víctima en particular, especialmente, en aquellos casos de víctimas en delitos colectivos, masa o del crimen organizado; y si bien algunas voces autorizadas de la doctrina hace relación a la exclusión de este tipo de bienes de la pretensión de comiso⁹⁹, lo más apropiado es que en estos casos las medidas de restablecimiento del derecho sean acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Imaginemos, por ejemplo los cientos o miles de víctimas del delito de extorsión por parte de organizaciones criminales tipo guerrilla, pandillas o maras, como se ha registrado en Colombia y Centro América; o los casos de estafa o captación ilícita de recursos a través de un esquema de defraudación piramidal, donde se pueden presentar cientos o miles de víctimas, donde

⁹⁹ Sobre el particular, Luis Gracia Martín destaca lo siguiente: “según la opinión dominante, no puede tener la consideración de efectos del delito y no podrán por ello ser decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, como por ejemplo las cosas que hayan sido hurtadas o robadas. Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en que el objeto material está representado por una cosa que será perteneciente a la propia víctima”. Gracia Martín, Luis; Boldova Pasamar, Miguel Ángel; Alastuey Dobón, María del Carmen. Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito., Valencia. Tirant lo Blanch. 1996. Pg. 450.

la mayoría de ellas actuaron de mala fe. En estos casos, de llegarse a incautar algunos bienes que constituyen el producto u el objeto material del delito, surge el dilema de determinar a quién se le restablece el derecho, pues muy difícilmente se logra asociar los bienes incautados con un delito concreto o una víctima en particular, lo que obliga además, a mantener la pretensión de comiso con relación a aquellos bienes que constituyen el objeto material de delitos cuyas víctimas se desconoce; o que no pueden ser restituidos a la víctima, como quiera que estas actuaron por fuera de los límites de la buena fe.

c) Comiso de bienes utilizados como medios o instrumentos del delito

Sin duda, el comiso de los instrumentos del delito es una de las formas más tradicionales del comiso penal que viene acompañando a esta figura desde sus orígenes, siendo común a todas las legislaciones que contemplan este instituto de derecho penal. Actualmente encuentra su respaldo en las recomendaciones internacionales contenidas en los instrumentos multilaterales, pues se consagra en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la citada Convención de Viena, intención que se reitera con similar tenor literal en las mencionadas convenciones de Palermo y Mérida.

Esta forma de comiso también se suele reconocer con los nombres de comiso de seguridad, comiso de aseguramiento, comiso de medios, comiso de efectos instrumentos, comiso de peligro, entre otros, y se fundamenta en el peligro objetivo que representa el bien para atentar o poner en riesgo un bien

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

jurídico¹⁰⁰, ya sea por la misma naturaleza del bien, como el caso de las armas, los explosivos, un veneno, etc.; o porque el peligro se desprende de los actos de disposición del autor dentro del marco de un plan criminal.

Uno de los principales aspectos que caracterizan a esta circunstancia de comiso, es que aquí el origen del bien no resulta relevante, pues basta con que este se haya puesto en función del delito, independiente de que sea de lícita o ilícita procedencia, como quiera que lo que va a legitimar su reconocimiento, es la función que el bien cumple con relación a la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico; es decir, el papel que desempeña dentro del proceso delictivo; o, en palabras de Gracia Martín, que los bienes “...puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación”¹⁰¹. Esta finalidad se comprueba cuando el bien ha sido utilizado dentro de los actos consumativos del delito; o, cuando ha servido de medio dentro del cual la conducta delictiva se pudo desarrollar.

Por tanto, se puede afirmar que los bienes que son pasibles de esta forma de comiso son aquellos que sirven para cumplir el fin ilícito propuesto¹⁰², como por ejemplo el arma utilizada para ejercer la violencia en el hurto o causar la muerte en el

¹⁰⁰ Este aspecto distintivo del comiso de instrumentos es destacado por Guillermo Jorge en los siguientes términos. “El decomiso de los instrumentos del delito –*instrumentum sceleris*– asocia físicamente los elementos utilizados para cometer el delito con los resultados perjudiciales que produce. El fundamento de la privación de esos bienes reside en que los elementos han sido utilizados de un modo perjudicial para la sociedad y que, por lo tanto, el Estado debe impedir que ello vuelva a ocurrir. El decomiso de los instrumentos del delito es generalmente considerado una medida de naturaleza punitiva que depende de la condena del acusado y que sólo puede adoptarse *in personam*, es decir, contra el condenado.” Op. cit. Pg. 69

¹⁰¹ Gracia Martín, Luis. Op. cit. (2004) Pg. 502.

¹⁰² La definición del concepto instrumento no deja duda sobre su carácter finalista, como se puede apreciar en una de las acepciones descritas por la Real Academia Española en su diccionario, donde se dice que instrumento es toda “Cosa o persona de que alguien se sirve para hacer algo o conseguir un fin.”.

homicidio; la retroexcavadora empleada en las operaciones de minería ilegal; los documentos falsos utilizados en la estafa; la gramera usada en actividades de microtráfico de estupefacientes; las placas de impresión, tintas e impresoras en la falsificación de moneda; el servidor y los “quemadores” de CD en los delitos contra la propiedad intelectual; los escáneres y las impresoras en la falsificación de documentos; el celular usado para realizar la llamada extorsiva en un secuestro extorsivo; los equipos tecnológicos en la intervención ilícita de comunicaciones; la caja de seguridad donde se conserva el dinero de origen ilícito en el lavado de activos, etc..

Pero el carácter instrumental tiende a ser restrictivo, es decir, limitativo a todos aquellos bienes sencillos¹⁰³ que se pueden manipular o “instrumentalizar”, por lo cual no es claro frente a bienes de mayor envergadura. De ahí que algunas legislaciones dispongan también el comiso de los “medios” del delito, descripción que si bien desde el punto semántico pareciera innecesaria, desde el punto de vista práctico permite ampliar el espectro de bienes y derechos sobre los cuales puede recaer la pretensión de comiso, como bien destaca Javier Muñoz Cuestas, quien sobre el particular ha precisado lo siguiente:

“... el término instrumentos ya supone todo material, enseres o cosas en general que al responsable le posibilitan su acción delictiva, quizás el instrumento pueda tener una acepción más limitada a cosa singular, técnica o no, pero siempre mueble y en cambio la consideración de medios o bienes supone todo tipo de cosas, incluidas las inmuebles, que sean las adecuadas para cometer la infracción criminal, en cualquier caso la intención del legislador es clara, que todo aquello que es

¹⁰³ Otras de las acepciones que trae el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, hace relación al carácter sencillo del instrumento, al indicar que como tal se debe entender “El objeto fabricado, relativamente sencillo, con el que se puede realizar una actividad.”.

utilizado para cometer el delito o la falta lo pierda el autor o cómplice..."¹⁰⁴

Se abre así la posibilidad de perseguir bienes que sirven para alcanzar un determinado fin ilícito, como medios de transporte, medios de ocultamiento, medios de producción, medios de seguridad, etc., los cuales permiten tener como pasibles de comiso, los inmuebles que sirvieron como medio para ocultar al secuestrado, la embarcación que se utilizó como medio de transporte para trasladar la droga, la sociedad que se utilizó como medio para lavar activos o la empresa que se benefició fraudulentamente de un contrato público y sirvió de medio para canalizar los dineros ilícitos objeto de un peculado o fraude al tesoro público.

Si bien esta circunstancia de comiso es de enorme utilidad para combatir eficazmente las estructuras económicas del crimen organizado que utilizan complejos esquemas empresariales e industriales para invertir sus ilícitas ganancias, no se pueden desconocer los aspectos problemáticos de esta forma de comiso, en especial, frente a las sociedades que son utilizadas como medio para la realización de un delito, pues para ello, se deberá examinar siempre cuál fue la forma de destinación de la misma y quien es el responsable de ello; por ejemplo, si la destinación fue realizada por uno de sus socios o accionista, o un empleado, directivo o representante con poderes limitados para actuar; o si por el contrario, la destinación se realizó por quien tenía plenas facultades para comprometer la sociedad con la actividad delictiva.

¹⁰⁴ Muñoz Cuesta, Javier. El comiso: aspectos novedosos introducidos en su regulación por la LO 15/2003, de 25 de noviembre; Navarra, Editorial Aranzadi, 2004.

Adicionalmente, se deberá precisar claramente el objeto sobre el cual ha de recaer la pretensión de comiso, toda vez que las sociedades de por sí, al estar revestidas de personería jurídica, no pueden ser incautadas como un bien, mas sí sus acciones o derechos de participación social, y los bienes a su nombre. De ahí que la pretensión de comiso debe ser precisa frente al objeto sobre el cual recae; ya sea sobre el total de las acciones o cuotas de participación o una parte de ellas, en especial, en aquellos países donde no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde la pretensión de comiso dependerá del compromiso de cada socio con la circunstancia de comiso, ya sea por acción, al presentar algún nexo de relación con el delito; u omisión, por no cumplir con una debida diligencia o no actuar dentro de los postulados de la buena fe.

Los bienes que constituyen medios o instrumentos del delito también se encuentran contemplados como causales o presupuestos de extinción de dominio, las cuales, a diferencia de las formas de comiso, presentan un fundamento de legitimación totalmente distinto, pues al ser la extinción de dominio un instituto autónomo e independiente del proceso y la responsabilidad penal, el peligro que representa el bien para la vulneración de bienes jurídicos no puede servir como el único factor de valoración para reconocer la consecuencia jurídica, razón por la cual, la extinción de dominio penetra en el ámbito del correcto ejercicio de la capacidad de disposición que tiene un sujeto sobre su propiedad, y lo confronta con el respeto de las obligaciones que emanan del derecho a la propiedad privada, en especial, con el respeto de la función social que debe cumplir la propiedad privada en un Estado Social de Derecho, tema sobre el cual se profundizará más adelante.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

d) Comiso de bienes destinados a actividades ilícitas

Esta circunstancia de comiso no es otra cosa que una modalidad práctica del comiso de medios o instrumentos del delito, donde no resulta tan relevante demostrar la utilización del bien en la actividad delictiva, ya sea como medio o instrumento, sino comprobar que dicho bien se utilizó en su preparación o estaba siendo destinado en función de la consumación de un delito. Como forma autónoma de comiso, encuentra respaldo en las recomendaciones internacionales, pues se describe en el literal b) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de Viena donde la utilización de un bien en un delito en particular y la destinación para que dicho bien sea utilizado en una actividad delictiva que aún no se ha concretado o definido, se establecen como proposiciones jurídicas diferentes.

El comiso por destinación también se le conoce como comiso por preparación, comiso indiferenciado o comiso de bienes en tentativa. Al igual que la circunstancia analizada en el numeral anterior, también presenta su fundamento de legitimación en la peligrosidad objetiva del bien con relación a la potencial capacidad de vulnerar o poner en peligro un bien jurídico. Se debe recordar además que “destinar”, de acuerdo con su acepción más práctica, significa “ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto”; en este sentido, se debe examinar que el bien cuestionado tenga la vocación para ser empleado como medio o instrumento de un delito, lo cual se puede inferir del producto o resultado del delito, o de un juicio de inferencia lógica y razonable que se realice sobre las características y circunstancias en que el bien fue hallado. En el primer caso,

estaremos ante el comiso en un delito tentado¹⁰⁵; y, en el segundo, ante la destinación ilícita inferida, siendo estas dos situaciones, modalidades o formas de manifestación de esta circunstancia de comiso.

Este último caso, se comprobaría, por ejemplo, con relación a la casa que es hallada dentro del marco de una investigación en contra de una organización dedicada al secuestro extorsivo, en la cual se encuentra un sótano en el que se ha adaptado una celda con barrotes de acero, grilletes con cadenas adheridas a la pared y donde se ha instalado una cama junto a una batería sanitaria, donde a pesar de no encontrar a ninguna persona retenida, dichos elementos permite inferir de manera razonable que el bien no está siendo destinado como domicilio de habitación y, por el contrario, está siendo destinado para retener a los secuestrados de dicha organización criminal.

Sin embargo, dada la naturaleza jurídica que adopte una legislación frente a sus reglas de comiso penal, los alcances de la destinación ilícita dependerán de la punibilidad o no de los actos preparatorios del delito que vinculan el bien, y no de las circunstancias objetivas del caso, aspecto problemático que ha

¹⁰⁵ Sobre los límites y el alcance del Comiso de Bienes en tentativa, Muñoz Cuesta señala que: *“Esta ampliación a la fase de preparación, es lógica y necesaria al existir determinados delitos en que precisamente en la fase de preparación es donde se utilizan los bienes, instrumentos o medios para su ejecución. Por fase de preparación entendemos toda la actividad individual del delincuente dirigida a la posterior ejecución del delito y también todos los actos de conspiración, proposición y provocación al delito, que son sin duda actos preparatorios punibles aunque no se ejecute el delito que se pretendía, (...) Como afirmábamos, es evidente que debe proceder el comiso en los supuestos de preparación del delito, sin embargo si el mismo no llega a ejecutarse por no haber entrado el sujeto en la fase de ejecución, tentativa acabada o inacaba, o se trata de delitos en que los actos preparatorios antes citados no está expresamente previsto su castigo en el Código, el comiso no procederá por la simple razón de que la conducta preparatoria no es típica y por tanto no existe infracción criminal de la que es tributaria el comiso.”*

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

sido abordado por la doctrina, que plantea varias discusiones al respecto. Sobre el particular, Patricia Vargas aborda el tema de la siguiente manera:

El art. 127 del Código Penal español contempla el comiso de los instrumentos con que se haya preparado la infracción y no el de aquellos destinados a cometer la infracción. El comiso de los primeros es admisible cuando se hayan efectuado con tales instrumentos actos preparatorios punibles, pues si esos mismos instrumentos se han empleado en la ejecución de la infracción, su comiso procederá por esta última circunstancia. Por su parte, el comiso de los instrumentos destinados a cometer la infracción que no se han empleado en su ejecución no tiene fundamento legal y por ende, no es viable. Piénsese p. ej., en el arma de fuego destinada a cometer un homicidio. Si ésta no ha sido usada para preparar la infracción, o no al menos de una forma que interese al Derecho penal, su comiso solo procederá en caso de que el sujeto activo la emplee en actos ejecutivos. Asimismo, si un instrumento se ha utilizado para preparar la infracción pero no en su ejecución (v.g., el instrumental de laboratorio que usa el sujeto A para elaborar un veneno que luego destinará a dar muerte a B), su comiso no cabe, no a menos que esos actos preparatorios sean punibles.

De otra parte, se debe señalar que esta forma de comiso también se encuentra reconocida como una causal o presupuesto de extinción de dominio; pero al igual que la circunstancia anterior, sus fundamentos de legitimación no se restringen a la responsabilidad penal y a la peligrosidad objetiva del bien con relación a determinado delito, pues al desarrollarse este instituto por fuera del proceso penal, su fundamento va a estar determinado por la inobservancia que tiene el titular del bien del deber de respeto de las obligaciones constitucionales y legales que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada, por el incorrecto o ilícito

ejercicio de sus derechos de uso, goce y disposición al destinar un bien en función de atentar o poner en riesgo un bien jurídico.

A diferencia de las discusiones que se presentan frente al comiso penal, en materia de extinción de dominio si resulta posible poder privar el dominio del bien, así los actos preparatorios no sean previstos como punibles, siempre y cuando se pueda inferir de manera razonable y coherente, a partir del análisis de la naturaleza del bien, sus características y las circunstancias del caso, que este se encuentra destinado o puesto en función de una actividad ilícita.

Sería el caso, por ejemplo, si dentro del marco de una investigación por los delitos de terrorismo y tráfico de explosivos, se encuentra un vehículo al cual se le ha adaptado una caleta o compartimento secreto, alterando el modelo original de fábrica, en el cual se encuentran ocultos estopines, cordón detonante e insumos químicos utilizados en la fabricación de explosivos, accesorios que por sí solos, generalmente no revisten la calidad de delito, pero que siendo analizados de manera armónica, razonable y coherente con las circunstancias del caso, permiten inferir que el vehículo está siendo destinado en función de la actividad ilícita de fabricación de explosivos.

4. Comiso indirecto o de bienes sin relación directa con el delito

Las anteriores circunstancias de comiso tradicional presentan sus mayores bondades en el diario ejercicio práctico de los delitos de mayor ocurrencia asociados a los problemas de delincuencia común, pues sus presupuestos de procesabilidad y exigencias probatorias no demandan mayores esfuerzos, ya que

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

por lo general la pretensión de comiso se construye dentro del marco fáctico del delito común, y con los mismos elementos que sirven para estructurar la pretensión penal. No sucede lo mismo con los fenómenos delictivos complejos, especialmente los asociados con la denominada criminalidad organizada, donde los bienes suelen ser adquiridos o destinados ilícitamente en una fase post consumativa del delito, y se colocan fuera del alcance de las autoridades a través de esquemas complejos de coparticipación criminal, encubrimiento y lavado de activos, rompiendo así cualquier relación directa entre los bienes y el delito¹⁰⁶.

En esta etapa evolutiva del comiso, las nuevas circunstancias de ilicitud que sustentan la privación de dominio superan los problemas inherentes a la naturaleza misma del comiso; ya no se van a sustentar la pretensión patrimonial en la acreditación de la declaratoria previa de responsabilidad penal, sino que se van a sumar nuevos fundamentos de carácter normativo que trasladan el juicio de valoración, de la conducta penal, a las conductas ilícitas que subyacen en las descripciones de las

¹⁰⁶ Gustavo Gascón destaca como este paso evolutivo del comiso fue el producto de una necesidad de política criminal para superar las deficiencias de las circunstancias de comiso directo. Sobre el particular señala: *"Si se limitara el decomiso a los efectos, instrumentos y productos directamente vinculados con el delito, el decomiso de bienes, en muchos casos, no cumpliría con los objetivos político-criminales que está llamado a desempeñar. En efecto, no es en absoluto infrecuente que los bienes relacionados de forma directa con el delito hayan desaparecido o se hayan colocado de otro modo fuera del alcance de las autoridades de persecución penal; y también es habitual que sean objeto de transformaciones, físicas o jurídicas, que los «alejen» de la infracción originaria. (...)*

Para tratar de compensar estas situaciones, ciertos ordenamientos -como el alemán o el suizo- han sido pioneros en dar cabida a diversas fórmulas que, posteriormente, se han incorporado a los textos supranacionales aprobados en este sector, gracias a lo cual se han acabado extendiendo a los ordenamientos de los demás Estados. Así, diversas normas de origen supranacional establecen la posibilidad de decomisar otros bienes más indirectamente relacionados con la actividad delictiva objeto de persecución a través del proceso penal y que pueden reconducirse, al menos, a alguna de las siguientes categorías: el decomiso de valor, el decomiso en casos de transformación o mezcla y el decomiso de bienes en poder de terceros. (Gascón Inchausti, Gustavo. El Comiso Transfronterizo de Bienes. Ed. Colex; Madrid, 2007. Pg. 65)

nuevas circunstancias de comiso que no exigen una relación directa entre el bien con el delito, lo que permite superar la necesidad de establecer un nexo directo de relación entre el bien, la responsabilidad penal y el delito. De esta manera, la pretensión de comiso se va a sustentar en la acreditación de los presupuestos normativos de su propia descripción general de ilicitud (transformación, equivalencia, mezcla, etc.), lo que permite trabajar nexos indirectos de relación entre el bien y el delito investigado.

De ahí que el segundo gran paso evolutivo del comiso va a estar determinado por la distancia que marque el bien frente al delito con el cual se relaciona, pues resulta casi natural, previsible y obvio, que el delincuente pretenda borrar el rastro de los bienes que adquiere o destine ilícitamente; y es que este tipo de maniobras de distanciamiento terminan neutralizando la efectividad del comiso tradicional, lo que generaba la necesidad de contar con herramientas jurídicas que trascendieran cualquier limitación sustentada en la exigencia de nexos directos de relación entre el bien y el delito, siendo las más reconocidas, aquellas circunstancias de comiso que se sustentan en la transformación, equivalencia, mezcla, ganancia, o no justificación racional o coherente del origen lícito, de las cuales se pueden destacar los siguientes aspectos.

a) Comiso por transformación o sustitución

La transformación del producto del delito es una de las principales formas de comiso indirecto; es decir, aquel cuyas circunstancias de ilicitud se van a verificar por fuera del marco descriptivo de la conducta típica que se vincula con el bien. Esta forma de comiso también encuentra respaldo en los

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

instrumentos internacionales y su reconocimiento comenzó a generalizarse a partir de su adopción como circunstancia de comiso recomendada en el literal a) del numeral 6° del artículo 5° de la Convención de Viena¹⁰⁷, que recoge las circunstancias también conocidas con los nombres de comiso de segundo grado, comiso subrogatorio, comiso de bienes por sustitución o bienes sustitutos, comiso por transformación o comiso por conversión.

Como todas las circunstancias de comiso, sus límites suelen ser muy tenues, en especial, con los bienes que son ganancias o frutos del delito, o aquellos que son el producto de una mezcla, pues generalmente la mayoría de casos de mezcla conlleva una transformación. Sin embargo, su reconocimiento como una circunstancia independiente tiene efectos prácticos con relación a la observancia del principio de legalidad, como quiera que se sustenta en criterios naturalísticos de causalidad que constituye la principal característica que lleva a su reconocimiento. Esta relación de causalidad puede presentar distintas expresiones propias de esta forma de comiso, dependiendo de si la transformación que se produce es de carácter material o jurídico.

Transformar es una acción que conlleva cambiar la forma de un bien o convertirlo en otro similar o diferente; esta conducta también se encuentra contemplada como verbo rector en distintos tipos penales que se ocupan por censurar las ganancias u operaciones realizadas con bienes o recursos de origen delictivo, pues su finalidad no es otra distinta que la de cumplir con algunos de los principios operacionales del lavado de

¹⁰⁷ "a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo."

activos, como alejar el bien de su fuente delictiva y procurar borrar el rastro de ilicitud para garantizar su disfrute por parte del delincuente. De ahí que las acciones de transformación o conversión, no solo suelen prever como consecuencia la pérdida del bien ilícito transformado, sino que por sí misma, puede ser objeto de reproche penal.

Por ello, se hablará de transformación física o material, cuando se somete el producto del delito a un proceso que tiene como resultado un bien que materialmente es diferente al original, o que presenta características distintivas con relación a su forma, valor, utilidad, etc. Por ejemplo, sería un caso de transformación cuando el producto de la explotación de una mina ilegal de oro se transforma en joyas de mayor valor, o se convierte en el dinero que resulta de producto de su venta; o el producto de un delito ambiental por explotación ilegal de madera, que es transformada en muebles de hogar u oficina. Lo mismo sucede con el dinero producto de un delito de secuestro o extorsión que se utiliza para hacer inversiones en el mercado de valores, convirtiendo el producto del delito en títulos, acciones o bonos de deuda pública de fácil negociación.

Por su parte, si para la transformación se acude a la celebración de actos jurídicos, se estaría frente a una transformación de orden jurídico, como cuando la casa adquirida con el producto del narcotráfico se permuta por acciones de una empresa; o cuando una sociedad constituida con aportes de origen ilícito, cambia su naturaleza o su razón social, conservando las raíces ilícitas en su patrimonio.

La conversión, sustitución o transformación material o jurídica de bienes también se encuentra contemplada dentro de los

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

presupuestos o causales de extinción de dominio, donde generalmente suele ser prevista en distintos supuestos relacionados con el producto indirecto de una actividad ilícita. Si bien las recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales restringe la transformación a los bienes que son producto del delito, en materia de extinción de dominio la transformación se extiende también sobre los bienes que son cuestionables por su destinación ilícita (medios, instrumentos o destinados), y aquellos que constituyen el objeto material del delito, toda vez que la naturaleza jurídica y el carácter real de este instituto facilita ir más allá del marco fáctico que habilita el ejercicio de la acción penal y permite cerrar la brecha de impunidad que suele presentarse en materia de persecución de bienes ilícitos, cuando por maniobras fraudulentas de evasión de la acción de la justicia, el agente trata de transformar o sustituir el bien que sería pasible de comiso o extinción de dominio, por uno totalmente distinto.

Sería el caso, por ejemplo, del vehículo de origen lícito y sin vicio alguno, que es utilizado en un hurto y luego se permuta o se entrega como forma de pago de otro que es adquirido a nombre de un tercero. Sin embargo, este nuevo bien, que generalmente queda por fuera de las circunstancias habituales de comiso penal, sería pasible de extinción de dominio a través de la causal de transformación, lo que permite evitar las discusiones que suelen presentarse en materia penal con relación a los terceros, no intervinientes en el delito, que adquieren de destinación ilícita, pues al ser la extinción de dominio una acción real, autónoma e independiente de la responsabilidad y la acción penal, dichos bienes pueden ser perseguidos de manera directa. Aquí el Estado no tendrá que esforzarse con demostrar algún nexo de relación entre el nuevo titular con el delito, sino simplemente la relación de éste con las

circunstancias de la causal extintiva; por tanto, en materia de extinción de dominio el adquirente no sería tratado como un tercero, sino que tendría las garantías y derechos propios del extremo pasivo de la relación procesal.

Con lo anterior, no se pretende desconocer la existencia de legislaciones que admiten esta posibilidad de reconocer la circunstancia de transformación en otros bienes distintos al producto del delito (medios o instrumentos), como es el caso de la transformación que dispone el Código Penal español¹⁰⁸. Sin embargo, estos casos de transformación de bienes, distintos al producto del delito, suelen presentarse por fuera del marco fáctico que habilita el ejercicio de una acción penal, pues generalmente hacen relación a hechos extrapenales, muchos de ellos, que se concretan a través de conductas neutras o socialmente adecuadas que quedan por fuera del umbral de investigación penal, aspecto que genera problemas probatorios que dificulta que este tipo de comiso de bienes pueda demostrarse en juicio.

b) Comiso de bienes lícitos mezclados con bienes ilícitos

Uno de los aspectos más problemáticos del comiso tradicional es el relacionado con los casos de concurrencia de patrimonios lícitos con ilícitos, cuando estos se mezclan o confunden, toda vez que, debido al principio de proporcionalidad que orienta toda la gama de consecuencias jurídicas en materia penal,

¹⁰⁸ Artículo 127, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015. “1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.”

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

generalmente no suele existir un factor de legitimación que permita extender la pretensión de comiso a los bienes de lícita procedencia que se vean comprometidos con acciones de mezcla u ocultamiento, lo que convierte esta situación en una típica maniobra de evasión del comiso, pues este tipo de mezclas generalmente quedaban en la impunidad, especialmente, en aquellos casos donde la escisión de la porción lícita del producto ilícito, resultaba materialmente imposible.

De ahí que incluso, recomendaciones internacionales que han inspirado a algunas legislaciones para reconocer esta circunstancia como una forma autónoma de comiso, permitan limitar la pretensión de comiso hasta el valor estimado del producto mezclado, como lo dispone el literal b) del numeral 1º del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹⁰⁹, formula que se reitera en las convenciones contra la Corrupción¹¹⁰ y la Criminalidad Organizada Transnacional¹¹¹.

Siguiendo con las recomendaciones internacionales, se debe precisar que lo que es objeto de mezcla, es el producto del delito y no los bienes comprometidos por destinación ilícita (medio, instrumentos, destinados); de ahí que la circunstancia

¹⁰⁹ "b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado."

¹¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, artículo 31, numeral 5 "Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación."

¹¹¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, artículo 12, numeral 5 "Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.".

de mezcla se ubica siempre en la fase post consumativa del delito y demanda como primer presupuesto para su reconocimiento, la acreditación previa del producto de una conducta típica precedente o determinante, que se integra a un bien de origen legítimo.

En virtud del principio de legalidad, no se puede hablar de mezcla si se carecen de las pruebas que acrediten la condición de “producto del delito”; por ejemplo, no se hablaría de mezcla si el bien mezclado simplemente carece de una justificación lícita¹¹², pues dicha circunstancia tiene sus propios presupuestos y particularidades probatorias que no son reconocidas en todas las legislaciones, y tan solo excepcionalmente suele contemplarse en algunos países como una forma autónoma de comiso. En otras palabras, no puede asimilarse la circunstancia de “no justificación” con la de “producto”, pues quebrantaría los principios de legalidad, contradicción y defensa, toda vez que las exigencias probatorias para esta última circunstancias son más altas y concretas.

Como segundo presupuesto, para hablar de mezcla se requiere que el bien que es producto de un delito se integre con un bien de procedencia lícita, de tal manera, que no resulte fácil separarlos a través de una operación sencilla. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público corrupto que integra los ahorros obtenidos a través de largos años de trabajo con el producto de distintos cohechos, generando con ello un solo capital con el cual el funcionario construye una casa; como

¹¹² Lo anterior, no impide que las dos circunstancias, mezcla y no justificación, se planteen de forma concurrente, evento en el cual resultaría admisible sustentar la mezcla, pues de reconocerse judicialmente la circunstancia de no justificación lleva implícita la pretensión de acreditar por vía indirecta un producto ilícito, y de esta manera, podría concurrir con una declaración de mezcla.

quiera que el producto final de la mezcla sería el inmueble del cual no se puede saber cuál ladrillo o elemento fue adquirido con el dinero lícito y cuál con el producto del cohecho, se reconocería aquí un caso de mezcla que obliga a la estimación del valor del producto ilícito. De lo contrario, de poder separar los bienes ilícitos de los adquiridos correctamente, simplemente la pretensión de comiso se limitaría hasta el monto del capital ilícito que se puede escindir del capital legal, a menos que concurren elementos de juicio que permitan cuestionar el correcto ejercicio de la capacidad dispositiva sobre el bien, frente a otra circunstancia que algunas legislaciones toman como maniobra de ocultamiento, en la cual los bienes lícitos son utilizados para ocultar aquellos que son producto de un delito.

Uno de los ejemplos más comunes de ocultamiento se verifica en los actos de venta de acciones o cuotas de participación de algunas sociedades¹¹³, donde un delincuente invierte su capital espurio en la compra que hace de los derechos económicos que tienen algunos socios en una empresa constituida con capital incuestionable, siempre y cuando los demás socios sean conscientes del origen de esos recursos, y permiten que el nuevo socio oculte el producto de un delito dentro del patrimonio de una empresa, pues si bien los recursos ilícitos ingresan directamente en el patrimonio del socio que vende y no en la empresa, dicha operación conlleva un acto de transformación jurídica de dineros ilícitos a acciones o cuotas de

¹¹³ Tanto la mezcla como el ocultamiento del producto de un delito en sociedades comerciales, no deben ser abordados como formulas generales predicables en todos los casos de inversión en personas jurídicas, pues dependiendo del tipo de sociedad y las facultades que emanan de los derechos sociales, se puede reconocer o no un acto de mezcla y ocultamiento. Por ejemplo, no es lo mismo valorar los actos de disposición de los socios en una sociedad de responsabilidad limitada, que en una sociedad anónima, pues en esta última, la capacidad dispositiva se ve limitada cuando los derechos económicos pueden ser adquiridos en el mercado de valores, sin que los mismos otorguen mayores derechos de intervenir en las decisiones de la empresa, como suele suceder con algunas sociedades anónimas.

participación social que tendría capacidad de comprometer toda la sociedad que se convierte en medio para ocultar dichos recursos ilícitos.

De ahí que los actos de mezcla u ocultamiento donde se utilizan bienes de lícita procedencia para integrarlos con el producto de un delito, también suele ser abordados desde la perspectiva del comiso de bienes comprometidos en un delito de lavado de activos (bienes objeto del delito), evento en el cual, también resultaría viable la pretensión de comiso sobre el producto que resulta de la mezcla u el ocultamiento, el cual constituye un todo que puede ser perseguido a través de las circunstancias del comiso tradicional, pues la pretensión de comiso no solo se sustentaría en el cuestionamiento del origen de los bienes productos del delito subyacente, sino que además, los bienes lícitos también serían pasibles de comiso, por ser utilizados como medio o instrumento para ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

Por su parte, la extinción de dominio acoge la circunstancia de mezcla como una causal o presupuesto de extinción plena, pero no con la limitación de las recomendaciones internacionales, es decir, hasta el monto del valor del producto ilícito, sino bajo la idea anterior, asumiendo el resultado de la mezcla entre el bien lícito con el ilícito como un nuevo producto que es pasible de extinción de dominio en su totalidad. A diferencia del comiso penal, la extinción de dominio no se ve limitada por el principio de proporcionalidad, pues parte de un fundamento de legitimación totalmente diferente, dada su naturaleza jurídica y su carácter real, pues aquí no se va a examinar la conducta del titular del derecho con relación al tipo penal del que se deriva el producto, sino que va a

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

confrontar las acciones concretas de mezcla u ocultamiento de un bien de origen ilícito con otro de lícita procedencia, desde la perspectiva del cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la propiedad privada, pues se parte de la idea de que en estos casos, la porción de bienes lícitos se destina ilícitamente en función del ocultamiento o mezcla de los bienes espurios y, por tanto, dichos bienes lícitos no cumplen con las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad.

Resulta importante también precisar que la mezcla se predica entre bienes y no entre patrimonios, pues este último es un concepto más amplio que engloba el anterior y sobre el cual, algunas legislaciones han estructurado circunstancias de comiso o causales de extinción de dominio concretas, ya sea por el rechazo de capitales emergentes como sucede en Costa Rica, o por la no justificación razonable, como sucede con el comiso ampliado o las causales no justificativas en algunas leyes de extinción de dominio.

c) Comiso de bienes por valor equivalente

Una de las circunstancias más representativas de las formas de comiso de bienes que no guardan relación con el delito, es la del denominado comiso de bienes por valor equivalente, conocida también como comiso de reemplazo, por valor correspondiente, equiparable o sustitutivo, el cual se erige como una de las mejores herramientas para contrarrestar o evitar la “impunidad” en materia de persecución de bienes ilícitos. Esta es una clase de comiso indirecto que también ha sido difundida a partir de las recomendaciones previstas en el literal a) del numeral 1º del artículo 5º de la Convención de las Naciones

Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹¹⁴.

Al igual que la anterior circunstancia, el comiso sobre bienes por valor equivalente también recaen sobre bienes de procedencia lícita, pero que por referencia normativa, se van a tratar como bienes ilícitos, cuando su valor corresponda, se equipare o sea equivalente al valor de un bien de origen ilícito cuyo comiso se ve frustrado o neutralizado en aquellos eventos donde resulte imposible su identificación, localización o afectación material.

A pesar de ser una circunstancia de comiso indirecto, se debe tener en cuenta que aquí confluyen distintos fundamentos de legitimación, tanto del sistema de afectación real como del personal, por lo cual, su reconocimiento, demanda la verificación de distintas circunstancias reales y personales.

En primer lugar, esta forma de comiso requiere la acreditación de un bien ilícito cuyo valor sirve de referencia para la estructuración de la pretensión; es decir, aquel bien sobre el cual resulta imposible su comiso por vía directa. Si bien la recomendación contenida en los instrumentos internacionales aluden a que dicho bien de referencia debe tener la condición de producto del delito, el desarrollo normativo de esta figura en las distintas legislaciones ha presentado distintos matices que extiende el alcance de esta forma de comiso a la equivalencia de bienes que son ganancias, efectos, medios o instrumentos

¹¹⁴ “[1]. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;”

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

del delito, como sucede en algunas formas de comiso en España¹¹⁵, Uruguay¹¹⁶, entre otros.

En segundo lugar, se debe verificar la imposibilidad de afectación o persecución del bien ilícito que frustre o neutralice de manera efectiva cualquier posibilidad de comiso, ya sea porque el bien se encuentra grabado totalmente o ha sido transferido a un tercero que actúa de buena fe exenta de culpa; o porque el bien ilícito no puede ser localizado, ubicado o identificado; o, porque a pesar de estar ubicado e identificado, resulta imposible su afectación por haberse transformado en un bien no decomisible o de imposible afectación, como cuando el dinero ilícito se gasta en una campaña política o se invierte en un “paraíso fiscal” o en un Estado que no brinda cooperación judicial.

En tercer lugar, se requiere verificar una condición *in personam*, pues para su reconocimiento se exige que tanto el bien de origen ilícito, como aquel de legítima procedencia que se toma como equivalente o de reemplazo, deben pertenecer a la misma persona, constituyendo este factor uno de los principales presupuestos para su reconocimiento.

¹¹⁵ Código Penal, artículo 127, numeral 3, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015 “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición”

¹¹⁶ Ley 18494 sobre Control y Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, artículo 63.3. (Decomiso por equivalente). “Cuando tales bienes, productos e instrumentos no pudieran ser decomisados, el tribunal penal competente dispondrá el decomiso de cualquier otro bien del condenado por un valor equivalente o, de no ser ello posible, dispondrá que aquél pague una multa de idéntico valor.

El cuarto presupuesto hace relación al objeto sobre el cual recae la pretensión de comiso, pues la norma alude a que esta se dirige sobre bienes de origen lícito; es decir, aquellos que el titular del bien ilícito adquiere de manera legítima como producto de su trabajo, de una herencia, de una indemnización judicial o extra judicial, de la explotación de derechos de autor, etc., aspecto que obliga a reconsiderar su naturaleza jurídica, pues como se mencionó anteriormente, las discusiones sobre el particular no son satisfactorias frente a esta forma de comiso, la cual presenta ciertos matices de naturaleza civil, pues la imposibilidad de perseguir el bien que sería pasible de la pretensión de comiso, se va a equipar, por referencia normativa a una obligación civil por el valor del bien que sería decomisible, la cual se puede extinguir con cualquier bien lícito del mismo titular, atendiendo a la vocación de garantía que tiene todos los bienes del patrimonio de una persona para honrar con ellos sus obligaciones personales. Sobre el particular, Gascón Inchausti puntualiza lo siguiente:

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: se trata de un mecanismo habitual en otros ordenamientos tanto de corte angloamericano, como continentales al que, en virtud de las normas sobre cooperación, pueden tener que acabar dando cumplimiento nuestros propios tribunales.¹¹⁷

Por último, el quinto presupuesto a tener en cuenta al momento de estructurar una pretensión de comiso por bienes equivalentes, es la imposibilidad de perseguir bienes sustitutos o

¹¹⁷ Gascón Inchausti, Gustavo. Op. cit. Pg. 66

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

el producto de una transformación, como por ejemplo, cuando la imposibilidad de afectación de un inmueble producto de actividades de narcotráfico vendido a favor de un tercero que lo compra de buena fe exento de cualquier culpa. En este caso de enajenación, el Estado queda habilitado para perseguir el valor entregado por el tercero como pago del precio acordado en la compra, y de no lograr encontrarlo o afectarlo, surge la legitimidad para pretender el valor de ese inmueble a través de otro bien lícito del mismo titular que tenga igual valor al bien que no se pudo decomisar.

Sin embargo, se debe reconocer que no siempre es fácil determinar el valor de sustitución, pues si bien algunas legislaciones hace alusión al valor del bien ilícito, la estimación de dicho valor suele presentar problemas prácticos, pues no siempre el valor cancelado por la adquisición o venta del bien coincide con el valor del mercado al momento de la orden de incautación, lo cual genera discusiones probatorias con relación a la determinación del precio de referencia que servirá de base para limitar la afectación de bienes lícitos. De ahí que el valor del bien ilícito represente uno de los principales temas de prueba que deben ser debidamente acreditados al momento de estructurar una pretensión de comiso por esta vía, para evitar así discusiones que puedan presentarse durante el debate judicial, especialmente cuando se presentan casos de compra o venta por fuera del valor del mercado, o cuando la posesión del bien se ve afectada por factores de valorización o depreciación que afectan el valor inicial del producto ilícito. En todo caso, este tipo de problemas generan la necesidad de contar con avalúos periciales del bien ilícito, siendo esta la práctica probatoria más recomendable.

Al igual que las anteriores circunstancias de comiso, la pretensión de bienes lícitos por valor equivalente a otros de ilícita procedencia que no se pueden identificar o incautar, también se encuentran previstas como causales o presupuestos de extinción de dominio en algunas leyes o codificaciones especiales que se han desarrollado a partir de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en la cual se recomienda adoptar esta figura como causal para los casos en los que se deban reconocer los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa, o en aquellos eventos en que resulte imposible la identificación o incautación del bien ilícito. Así mismo, al igual que el comiso por valor equivalente de la legislación española, las leyes de extinción de dominio no limitan la persecución de bienes por valor equivalentes en los casos del producto del delito, pues también procede con relación a bienes lícitos cuyo valor equivale o corresponden a bienes objeto de una actividad ilícita, o son producto de la transformación de un producto ilícito, o de bienes que constituyen medios o instrumentos de una actividad ilícita, o son objeto de ocultamiento, mezcla, incremento patrimonial no justificado, ganancias, etc..

d) Comiso de ganancias, réditos, frutos y rendimientos - “confiscación”

Es indudable que el comiso en la actualidad tiene propósitos de política criminal bien definidos, entre ellos, el de rechazar socialmente el valor de cualquier ganancia o fruto ilícito, o

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

como bien lo expresa Muñoz Conde y García Aran¹¹⁸, busca “evitar el enriquecimiento injusto” de los autores de un delito. Para ello, el cuestionamiento de ilicitud no solo recae en el producto del delito o en los bienes en que este pueda transformarse, sino que además, se extiende a las demás ganancias, beneficios, frutos o rendimientos que este puede generar.

Al igual que las anteriores formas de comiso, estas circunstancias parece confundirse con otras que también cuestionan el origen ilícito, pues al ser una forma de comiso indirecto, trasciende el simple producto del delito (directo o transformado)¹¹⁹ y reconoce como una categoría distinta, aquellos bienes que se generan a partir del aprovechamiento o explotación del producto directo del delito. Es por ello que estas circunstancias de comiso se van a concentrar en las ganancias del delito, cuando median procesos productivos; y en los beneficios, rentas, réditos frutos o utilidades económicas que generan dichos bienes ilícitos, cuyo resultado se deriva de otras acciones de usufructo o aprovechamiento que se verifican más allá de la consumación delictiva. De ahí que en Alemania se contemple esta circunstancia con un nombre totalmente distinto, siendo este tipo bienes pasibles de una medida de “confiscación”, como se explicó anteriormente¹²⁰.

¹¹⁸ Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. Pg. 607.

¹¹⁹ Para José Luis González Cussac, las ganancias incluyen también el producto de la transformación, al indicar que “... en cuanto a las ganancias, estas suele extenderse a todas las provenientes del delito, incluidas las transformadas” (González Cussac, José Luis. Op. cit. Pág. 14)

¹²⁰ Sobre la distinción entre el comiso y la confiscación, Choclán Montalvo señala lo siguiente. “El art. 127 CP contiene en realidad una dualidad de consecuencias que pueden considerarse de naturaleza diversa. De un lado, el comiso de los instrumentos y los efectos del delito; de otro, la pérdida de la ganancia o confiscación de los provechos ilícitos. El StGB alemán distingue más adecuadamente ambas figuras destinando a su regulación preceptos separados (§§ 73 StGB –confiscación –, §§ 74 y 75 –comiso –). Cada una de estas figuras responde a una finalidad político criminal bien diferente:

Se puede decir que esta forma de comiso se explica con el mismo principio con el que opera, en materia probatoria, la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, pues el carácter espurio de un bien de origen ilícito no desaparece por las acciones lícitas que se hacen de ellos, sino que dicha ilicitud se transfiere a sus ganancias, beneficios, frutos o utilidades. En este sentido, si el producto de un delito se transforma en ganado, serán pasibles de comiso por esta vía las crías que nazcan de dichos animales. De la misma forma, si dicho producto es invertido en la compra de un inmueble que es destinado para ser usufructuado a través de su arrendamiento, se consideraran beneficios o frutos, el valor de los cánones pagados, o los bienes adquiridos con ellos. O si con dicho producto se instala un negocio o empresa, se tendrán por ganancias, aquellas que se deriven del proceso productivo en cumplimiento de su objeto social.

A pesar de lo anterior, se debe reconocer que con relación a los bienes que constituyen las ganancias de un delito, se suelen presentar problemas de proporcionalidad, pues al sustentarse el comiso, generalmente, en el sistema de imputación penal, la

1) El comiso de productos e instrumentos del delito se fundamenta, bien en la peligrosidad del objeto sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad (ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición...) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo...), o bien se dirige a sancionar el destino de bienes lícitos, aunque no sean peligrosos, al cumplimiento de un fin contrario a Derecho. Por el contrario, la pérdida de la ganancia responde a la finalidad político criminal de corregir situaciones patrimoniales ilícitas. En el primer caso el origen del bien decomisado puede tener una fuente lícita, mientras que la ilicitud de origen es predicable siempre de la ganancia derivada del delito. Por ello, en relación con la ganancia, como hemos dicho, se ha podido sostener que, en realidad, se fundamenta una acción de enriquecimiento ilícito y que, incluso, no se trata de una medida restrictiva de derechos, en cuanto no es posible invocar un derecho a enriquecerse ilícitamente.” (Choclán Montalvo, José Luis. Op. cit. Pg. 345)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

identificación de las ganancias va a presentar límites relacionados con los efectos concretos de la conducta ilícita; de ahí que doctrinalmente se discuta si las ganancias que se generan del delito deben ser brutas o líquidas, pues al enmarcarse el reproche del patrimonio que se deriva de un producto espurio dentro del marco de una sanción o consecuencia penal del delito, su reconocimiento también debe estar regido por el principio de proporcionalidad. De ahí que la doctrina mayoritaria se incline por contemplar como pasibles de comiso las ganancias líquidas.

Adicionalmente, la definición del objeto sobre el cual recaen estas circunstancias de comiso también presenta otros problemas prácticos, pues dentro del ejercicio de la función investigativa de un patrimonio ilícito, se pueden presentar dos situaciones en particular: en primer lugar, la investigación puede permitir reconocer, de manera inequívoca, una relación directa de causalidad entre el producto de una actividad delictiva, con los bienes que se consideran ganancias, frutos, rentas o utilidades, evento en el cual, la pretensión de comiso se estructurará a través de las circunstancias de comiso indirecto analizadas en este ítem; en segundo lugar, dichas ganancias se pueden inferir o deducir de los incrementos patrimoniales que presente el investigado, pues no siempre se puede acreditar un nexo de relación directa entre los bienes que se consideran ganancias, frutos, rendimientos o utilidades con el producto de un delito en particular. Para estas circunstancias de indefinición o no justificación, se han generado nuevas circunstancias de comiso indirecto, como el denominado comiso ampliado, predominante en Europa, o el comiso por circunstancias de no justificación razonable, desarrollado en América Latina, que serán examinados a continuación.

De otro lado, se debe precisar que estas circunstancias de comiso se acoge de forma autónoma en algunas leyes de extinción de dominio, donde determina como objeto pasible de extinción de dominio, todas aquellas ganancias, rentas, frutos y otros beneficios que se generen, no solo de los bienes que puedan ser cuestionables por su origen, sino también de aquellos perseguibles por su destinación ilícita, pues la consecuencia jurídica de pérdida del derecho de dominio en estos casos, se reconoce desde el mismo momento en que se adquiere el bien (en los casos de origen delictivo) o desde que se verifica el incumplimiento de los deberes inherentes a la función social que debe cumplir el derecho de propiedad, lo que impide tener por legítimo el usufructo que generen dichos bienes.

De otra parte, al tener la extinción de dominio un fundamento de legitimación distinto al del comiso penal, que en materia de bienes de origen ilícito se sustenta en el cuestionamiento de la validez del acto mediante el cual se adquiere el derecho a la propiedad, la afectación de las ganancias, frutos, rendimientos o beneficios va a contar con dicho factor de legitimación, por lo cual, las discusiones doctrinales que se presentan en materia del comiso penal, con relación a las ganancias brutas o líquidas, no tienen cabida en materia de extinción de dominio, pues aquí dichos bienes serán examinados desde la perspectiva de la validez del derecho que los genera, sin entrar a realizar juicios de proporcionalidad con conducta delictiva alguna.

e) Comiso ampliado, extendido o de bienes sin justificación lícita razonable

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

Uno de los avances más significativos del comiso lo constituye su versión ampliada o extendida adoptada del derecho alemán¹²¹, a través de la cual se pretende superar uno de los más frecuentes obstáculos que se presenta con relación a las exigencias normativas y probatorias del comiso directo de bienes de origen ilícito, pues a pesar de que los avances producto de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (de pena a consecuencia accesoria) habían permitido superar algunas limitaciones, aún persistía el problema de acreditar una directa vinculación del bien con el hecho enjuiciado, situación que restringía ampliamente el campo de acción de la pretensión patrimonial, inhibiendo la posibilidad de que esta figura cumpliera con sus fines político criminales.

Lo anterior, toda vez que en las circunstancias de comiso directo, así como en algunas formas de comiso indirecto, se exigía que el marco fáctico de la conducta delictiva que era objeto de investigación,¹²² debería ser el mismo que tenía que orientar la pretensión de comiso sobre los bienes que se vinculaban con el correspondiente delito. Se impedía así, la posibilidad de extender la pretensión a bienes adquiridos con

¹²¹ Sobre el origen de esta circunstancia de comiso, Gascón Inchausti señala: *"El decomiso ampliado es una figura que tiene su origen en el ordenamiento alemán -erweiterter Verfall: § 73d StGB-, pero que ha sido asumida por las instituciones de la Unión Europea como instrumento para avanzar en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, y que han optado decididamente por imponer su incorporación a los ordenamientos de todos los Estados miembros, a través de la DMD -que señala, según se ha visto ya, el 15 de marzo de 2007 como término final para que los Estados operen los cambios necesarios para darle plena efectividad."* (Gascón Inchausti, Fernando. Op. cit. Pg.71)

¹²² Sobre el particular Jaén Vallejo y Perrino Pérez destacan: *"Durante demasiado tiempo la atención del proceso penal y los esfuerzos de política criminal giraron en torno al elemento punitivo del delito. El objetivo del proceso penal era lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y estaba dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto a la recuperación de los activos ilícitamente obtenidos por aquellos. Al producto del delito se llegaba, al final, tras la investigación de los hechos criminales y como consecuencia lógica de dicha investigación criminal, siendo usual que itinerario investigador y procesal fuera el inverso".* (La recuperación de activos frente a la corrupción: la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos. Dykinson; Madrid, 2016. Pg.121)

anterioridad al acto delictivo investigado, aun así, se contara con elementos de juicio que permitieran cuestionar razonablemente su origen delictivo, pues en virtud de los principios de legalidad y proporcionalidad que irradiaban la figura desde la óptica penal o sancionatoria, se inhibía la posibilidad de pretender la privación de dominio de bienes que no tuvieran relación con el acto delictivo investigado.

Un ejemplo frecuente sobre esta problemática se suele encontrar en las investigaciones por narcotráfico, donde es habitual la identificación de bienes adquiridos por el acusado con anterioridad al hecho investigado, respecto de los cuales se puede inferir razonablemente que son producto de la misma actividad delictiva; pero, al no guardar una relación directa con el hecho concreto objeto de investigación, la posibilidad de decretar el comiso se anulaba, toda vez que las circunstancias ilícitas que comprometían dichos bienes, quedaban por fuera de la órbita de las descripciones normativas del comiso tradicional. Esta situación, salvo contadas excepciones reconocidas por vía jurisprudencial¹²³, solía ser una de las principales deficiencias de las circunstancias de comiso descritas con anterioridad.

Es de anotar que estas limitaciones obligaron a la revisión integral de los fundamentos de legitimación del comiso, como

¹²³ Choclán Montalvo relaciona como esta figura ya registraba algunos antecedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al citar la sentencia del 5 de abril de 1999 donde se reconoce el comiso de bienes sin relación directa con el delito investigado, en aquellos eventos donde se logra acreditar una genérica actividad de narcotráfico, pues en dicha decisión se reconoce que: *"el comiso de efectos y dinero procedentes del tráfico de droga puede abarcar los obtenidos por tal comercio, en actos de tráfico distintos del que sea objeto de acusación, si así consta acreditado como aquí sucede, a la vista de los datos objetivos que valorados por la Sala de instancia conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, conducen a la conclusión racional de que tal era la procedencia de los que han sido en este caso decomisados"*. OP. cit. Pg. 353.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro "Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial", del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

instituto de derecho penal, por lo que resultaba imperativo prevalecer sus características y fines sustanciales sobre los aspectos formales de la acusación penal. Con ello, los presupuestos del comiso comienzan a desprenderse del marco fáctico de la imputación penal; es decir, se aparta de un hecho delictivo concreto y de la consecuente responsabilidad penal, y se enfoca en la actividad delictiva en general que vulnera los bienes jurídicos que son de interés del derecho penal; para ello, esta circunstancia de comiso presenta una nueva orientación del objeto de valoración, pues pasa de centrar la atención del vínculo del bien con un delito concreto, a valorar la validez sustancial del derecho de propiedad, reconociendo de especial interés para los fines del comiso penal, aquellos bienes o patrimonios que carecieran de una justificación lícita razonable; es decir, una justificación acorde con las reglas de acceso a la propiedad privada dentro del sistema jurídico¹²⁴.

Se puede concluir entonces, que el comiso ampliado constituye la expresión práctica del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal en materia patrimonial. De ahí que esta figura sea vista como el mecanismo idóneo para perseguir o recuperar los incrementos patrimoniales mal habidos, como bien lo reconoce la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1º de 2015, donde se aborda el tema de la validez jurídica del derecho a la propiedad, de la siguiente manera:

El decomiso ampliado no es una sanción penal, sino que se trata de una institución por medio de la cual se pone fin a la

¹²⁴ Este cambio es determinante en la evolución de la figura del comiso penal, pues se empieza a desprender del delito como fuente de legitimación y se aproxima a otros factores de legalidad sustancial frente a la validez del derecho de propiedad, con lo cual, se puede afirmar que el comiso empieza a aproximarse a la extinción de dominio, cuyo fundamento de legitimación, en las causales de origen ilícito, se acredita a través de la verificación de los factores de validez sustancial de la adquisición del derecho, aspecto del cual nos ocuparemos más adelante.

situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto. El hecho de que la normativa de la Unión Europea se refiera expresamente a la posibilidad de que los tribunales puedan decidir el decomiso ampliado sobre la base de indicios, especialmente la desproporción entre los ingresos lícitos del sujeto y el patrimonio disponible, e, incluso, a través de procedimientos de naturaleza no penal, confirma la anterior interpretación.

En similar sentido se orientó también la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea del año 2012, donde resalta las bondades de esta figura al permitir trascender el hecho investigado para ocuparse del trasfondo de los efectos económicos de las actividades criminales en general, al considerar como “poderes ampliados de decomiso” que le otorgan al Estado la *“...capacidad de decomisar activos que superan los ingresos directos de un delito. Una condena penal puede entrañar el decomiso (ampliado) no solo de los activos asociados con el delito concreto, sino de los activos adicionales que, según el órgano jurisdiccional, sean producto de otros delitos similares”*.

Se debe precisar además, que esta forma de comiso ampliado recoge también la amplia experiencia reconocida en la jurisprudencia de los tribunales en distintos casos de narcotráfico, lavado de activos y otros delitos asociados a la denominada “criminalidad organizada” donde se ha podido identificar, en múltiples procesos de comiso de bienes, que constituyen el objeto o producto de otros delitos, una serie de patrones comunes que han permitido decantar una variedad

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

de indicios¹²⁵ que permiten inferir razonablemente la falta de justificación lícita de un bien y deducir, por vía de contradicción, su probable origen espurio. Sería el caso, por ejemplo, donde se acredita un incremento patrimonial de una persona a quien se le constata una vinculación con actividades delictivas que generan lucro y existe una notoria desproporción entre los ingresos lícitos reportados o identificados y el valor de los bienes adquiridos.

En otras legislaciones, dicha experiencia queda recogida en la normatividad a través de “presunciones de ilicitud”¹²⁶, que al no ser debidamente desvirtuadas por el condenado, habilitan al juez a deducir su ilícita procedencia, como por ejemplo, las presunciones contempladas en el artículo 127 sexies del Código Penal español, donde se establecen las siguientes:

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

¹²⁵ Por ejemplo, se destaca dentro de esta figura el comiso ampliado de la legislación española, que de acuerdo con el artículo 127 bis, introducido a través de la Ley Orgánica N° 1 de 2015, estableció los siguientes indicios para su reconocimiento:

“A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.”

¹²⁶ Con relación a los precedentes que han permitido identificar reglas de la experiencia y cimentar algunas presunciones de ilicitud, Guillermo Jorge resalta lo siguiente: *“En algunos países, la ley establece un sistema de presunciones relativas sobre el origen de los bienes que el condenado debe destruir para evitar el decomiso. Algunos países, como el Reino Unido, presumen que los bienes adquiridos durante cierto lapso anterior a la condena provienen de actividades ilícitas. Otros, como Austria, Suiza, Alemania o Francia, presumen que los bienes pertenecientes a una persona condenada por ser miembro de una asociación ilícita –un grupo criminal organizado, una asociación criminal, etcétera– están bajo el control de tal organización. En ambos casos, las presunciones son relativas, pero la carga de destruirlas está a cargo de la defensa del condenado.”* Op. cit. Pg. 80-81.

1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

De otro lado, se debe destacar que el comiso ampliado, a pesar de marcar alguna distancia entre el bien o patrimonio con el delito investigado, sigue perteneciendo al sistema mixto de imputación penal y, por tanto, son varios los presupuestos de orden personal y real que se exigen para su reconocimiento: En primer lugar, como se mencionó al inicio del presente análisis, en esta figura predomina una condición *in personam*, pues demanda una declaratoria de responsabilidad penal previa con relación a un delito definido previamente por el legislador, que reviste cierta gravedad y cuya naturaleza permite la generación de beneficios económicos, que por lo general, se asocia a los delitos relacionados con el crimen organizado; en segundo lugar, que los bienes cuyo origen ilícito se infiere que es producto de la actividad ilícita sobre la cual versa la condena, pertenezcan al condenado no a terceros¹²⁷; en tercer lugar, la

¹²⁷ La exclusión de los terceros de esta forma de comiso resulta bastante razonable de acuerdo con sus fundamentos de legitimación, como claramente lo expone Patricia Vargas, al indicar que: “La legislación española no contempló el comiso ampliado

adquisición de los bienes debe ser independiente o anterior al hecho delictivo que motiva la condena; en cuarto lugar, se debe acreditar la existencia de indicios objetivos de ilicitud que permitan cuestionar fundadamente el origen de los bienes y desestimar cualquier fuente en una actividad ajustada a la legalidad; y, en quinto lugar, la no justificación del origen de los bienes en una fuente lícita, lo que demanda la necesidad de brindar una oportunidad justificativa al condenado en función de controvertir los elementos anteriores, para desvirtuar la presunción de ilicitud.

A pesar de la claridad de la norma, no está de más recordar que esta figura se sustenta en la demostración de una "actividad" delictiva que pueda generar riqueza, y no de una "conducta" delictiva determinada, asociada con tal actividad, pues no cualquier condena permite estructurar el juicio de inferencia lógica razonable que permita concluir sobre la ilicitud del patrimonio; por ejemplo, cuando alguien es condenado por lavado de activos por un solo acto de prestar su nombre para adquirir un bien con el producto de un delito de narcotráfico, no con este hecho se puede inferir su participación en la actividad delictiva subyacente, a menos de que existan elementos de juicio que permitan inferir que participa de

extensible a terceros, o sea el de bienes adquiridos por terceros allegados a las personas cuyo patrimonio es sometido a decomiso ampliado, ni el de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que el condenado o sus allegados ejercen control efectivo, o de la cual recibe buena parte de sus ingresos, lo que tampoco supone un problema en términos de acatamiento de compromisos comunitarios, pues como indiqué en su momento, era una potestad de los Estados (y no un deber) regular esos supuestos. Aunque algunos creen que hubiese sido conveniente hacer eco de dicha norma supranacional en la legislación interna, pues es común el empleo de testaferros, sean personas físicas o jurídicas, que adquieren los bienes de mala fe con el único propósito de evitar que sean objeto de decomiso, el tema debe examinarse con cuidado, toda vez que el comiso ampliado está diseñado para bienes que no se relacionan directamente con la actividad criminal que se está discutiendo en el proceso, de allí que sea un riesgo admitirlo sobre bienes de terceros, que por su titularidad guardarán mayor distancia con los hechos sometidos a juicio." (Vargas, Patricia. Op. cit. Pg. 77)

manera efectiva en las actividades de comercialización y tráfico de estupefacientes; máxime, si se tienen en cuenta que las tendencias actuales de esta modalidad de lavado de activos, es la de buscar testaferros con suficiente solvencia económica para no despertar sospechas ante las autoridades. Igual situación se presentaría con relación a una condena por un delito culposo, como por ejemplo, un lavado de activos imprudente, pues como bien resalta Teresa Aguado, esto implica un problema de proporcionalidad¹²⁸. Por ello, a pesar que el delito es de tal gravedad y relación con el crimen organizado, su participación y condena no sería idónea para cuestionar fundadamente los demás bienes que estuviesen a su nombre a través del comiso ampliado.

Con relación al objeto sobre el cual recae el comiso ampliado, se debe precisar que, a diferencia de las anteriores circunstancias de comiso, esta modalidad no está concebida para pretender bienes en particular, sino que se extiende al cuestionamiento de patrimonios totales o parciales, pues las características de los indicios y las reglas de valoración probatoria que acompañan la figura, permiten inferir que su objeto se amplía a la valoración del patrimonio de una persona para determinar, a partir de una inferencia lógica razonable, la falta de justificación en una fuente lícita.

¹²⁸ Al respecto, Teresa Aguado Correa destaca que “Antes de pasar a analizar la regulación del comiso ampliado, queremos destacar que su previsión en un artículo separado, ubicado a continuación de la regulación del comiso en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes (art. 127.1 y 2 PrCP), y no con carácter previo a éste último como sucede en el vigente Código Penal (art. 127.1. 2º párrafo CP), da lugar a la ampliación del ámbito de aplicación de este tipo de comiso pues ya no solo se puede aplicar cuando se trate de delitos dolosos (art. 127.1 PrPC) sino también delitos imprudentes (art. 127.2 PrPC). Su ubicación permite acordar el decomiso ampliado en el caso de que el sujeto fuese condenado por un delito de blanqueo de capitales imprudente, lo cual puede resultar desproporcionado.” Aguado Correa, Teresa. Op. cit. Pag. 20.

Es importante destacar que este presupuesto de no justificación lícita razonable, constituye, a nuestro juicio, la principal característica de esta modalidad de comiso, la cual opera como un elemento normativo que califica el objeto pretendido por vía de comiso ampliado (bienes o patrimonio), elemento que, dicho sea de paso, no representa en ningún momento una inversión de la carga de la prueba; por el contrario, la figura se estructura a partir de unos presupuestos probatorios bastante exigentes que parten de que desvirtué previamente la presunción de inocencia a través de una sentencia condenatoria¹²⁹ por una conducta grave similar a la que se infiere como fuente u origen de los bienes y establece una serie de indicios que responden a reglas de la experiencia debidamente fundadas, que permiten realizar un juicio de inferencia lógica razonable para concluir sobre la ilicitud de los bienes cuestionados¹³⁰.

¹²⁹ En este sentido, resulta bastante ilustrativa la jurisprudencia española que acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto: *"Asimismo en la Sentencia de 23 de septiembre de 2008, Caso Grayson y Barnham contra Reino Unido, el TEDH se refiere a sus pronunciamientos sobre el uso de presunciones en el ámbito del comiso, materia muy relacionada con el blanqueo de capitales, concluyendo que no considera "en ningún caso, que sea incompatible con el concepto de juicio equitativo, de conformidad con el artículo 6, invertir la carga de prueba sobre el demandante, un vez que ha sido condenado por un delito grave de tráfico de drogas, y que le corresponda a él demostrar que la fuente de la que procede el dinero o los activos que se ha probado que ha poseído en los años precedentes al delito era legítima". En el mismo sentido, no cabe estimar que la exigencia de que una persona relacionada con el tráfico de estupefacientes acredite el origen lícito de cuantiosos e injustificados incrementos patrimoniales debidamente acreditados, o su procedencia de fuentes ajenas a dicho tráfico, pueda ser contrario a lo dispuesto en el referido art 6º."* TSE sentencia 350 de 2014.

¹³⁰ Frente a este punto, cabe destacar la jurisprudencia colombiana que sobre el particular, ha señalado lo siguiente: *"... no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador. "* C.S.J. de Colombia Sentencia 31103 de 2009. En similar sentido la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia 23754 de 2008: *"Aquí se observa pertinente agregar que el derecho a la no autoincriminación ciertamente autoriza al procesado a asumir ciertos comportamientos procesales, pero su silencio o sus aserciones carentes de sustento, pueden objetivamente demeritar su posición si en su contra se reúnen suficientes elementos probatorios allegados por el Estado y no refutados."*

Dentro del contexto latinoamericano, la adaptación de esta forma de comiso no ha tenido aún el desarrollo técnico que se viene implementando en Europa. Sin embargo, se debe indicar que el presupuesto normativo de “no justificación razonable” ha permitido desarrollar algunas variaciones de esta figura, como el comiso sobre capitales emergentes de Costa Rica¹³¹, o el comiso de pleno derecho de la República Oriental del Uruguay¹³², que presentan una descripción normativa muy similar a la del comiso ampliado, pero preservan la identidad jurídica de dicha figura frente al deber que tiene un ciudadano de justificar el origen lícito de sus bienes¹³³ de acuerdo con las características propias de sus sistemas jurídicos.

¹³¹ Ley 8754 de 2009, Contra la Delincuencia Organizada, “Artículo 22. Sanciones. La persona, física o jurídica, que no pueda justificar su patrimonio o los incrementos emergentes, será condenada a la pérdida del patrimonio emergente, las multas y las costas de la investigación.”

¹³² La Ley 18494 de la República Oriental del Uruguay establece: “63.5. (Ámbito subjetivo). El decomiso puede alcanzar los bienes enumerados en los incisos anteriores de los que el condenado por alguno de los delitos previstos en la presente ley o delitos conexos sea el beneficiario final y respecto de cuya ilegítima procedencia no haya aportado una justificación capaz de contradecir los indicios recogidos en la acusación, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la actividad lícita que desarrolle y haya declarado. Podrán ser objeto de decomiso el dinero, los bienes y los demás efectos adquiridos en un momento anterior a aquél en que se ha desarrollado la actividad delictiva del reo, siempre que el tribunal penal competente disponga de elementos de hecho aptos para justificar una conexión razonable con la misma actividad delictiva.”

¹³³ Frente a la carga que se impone a los ciudadanos de dar cuenta al Estado sobre el origen de su patrimonio, resulta oportuno destacar la posición natural y práctica que asume la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, frente al deber de justificación que se impone a los ciudadanos sobre el origen lícito de sus bienes, el cual no es novedoso dentro del ordenamiento jurídico, pues no es distinto al que se exige en materia tributaria. Al respecto señaló: “Existe un interés del Estado en que el patrimonio de toda persona haya sido obtenido en forma lícita y no como producto de acciones contrarias al ordenamiento jurídico. El patrimonio obtenido ilegítimamente carece de la protección estatal porque atenta contra los valores y principios que constituyen la base misma del Estado de derecho.”. Más adelante agrega: “Como primer aspecto debe reiterarse que no se trata de un proceso sancionatorio penal. Las normas cuestionadas otorgan al interesado un plazo de veinte días hábiles para contestar la denuncia y ofrecer la prueba que considere conveniente, donde se acredite la adquisición y tenencia legítima de los bienes. (...). En cuanto al derecho de abstención, el

De otro lado, se debe anotar que la circunstancia de comiso ampliado o extendido no es recogida en las leyes de extinción de dominio, pues sus características *in personam*, de declaratoria previa de una responsabilidad penal del titular de los bienes a través de una sentencia penal, son contrarias al carácter real y autónomo de la extinción de dominio, pues éste es un instituto que se puede reconocer de manera autónoma del proceso penal y no demanda la existencia de una condena previa.

Sin embargo, se debe precisar que el elemento normativo de “no justificación razonable” es común a la mayoría de leyes y códigos donde se consagra la extinción de dominio, pues se reconoce como una forma de “producto derivado”¹³⁴ con la particularidad de que aquí, a diferencia del comiso ampliado, jamás se demanda una declaratoria previa de responsabilidad penal del titular de los bienes, aunque los demás presupuestos si son predicables, como se puede apreciar en la redacción del literal “g” de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por Naciones Unidas, donde se establece dicha consecuencia jurídica sobre los *“Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.”*. Esta regla se reproduce de manera similar

artículo 36 de la Constitución Política lo contempla respecto de causas penales y no para el resto de los procesos. En ese sentido, resulta ilustrativo que esta Sala ha reconocido la obligación de declarar los bienes que existe también dentro del Derecho Tributario. Todas las personas tienen la obligación de declarar los bienes y demostrar que son lícitos para efectos de pagar el impuesto sobre la renta; ello por cuanto, el Estado requiere conocer la procedencia de los bienes que circulan en el mercado, por un tema de seguridad jurídica y transparencia del sistema financiero.”

¹³⁴ Circunstancia de comiso indirecto recomendada en los instrumentos internacionales, que se menciona bajo el nombre de “Producto derivado” en el numeral 1º del artículo 5 de la Convención de Viena.

en el Código de Extinción de Dominio de Colombia¹³⁵, y en las leyes especiales de extinción de dominio de El Salvador¹³⁶, Honduras¹³⁷ y Guatemala¹³⁸, donde la no justificación lícita razonable constituye la base de una de las principales causales extintivas sobre bienes de origen espurio.

Se debe anotar además, que esta no subordinación de la figura a la preexistencia de una condena penal previa, permite que la valoración de los indicios dirigidos a determinar si un patrimonio tiene o no justificación lícita razonable, no solo se concentra en el principal investigado, o condenado como exige el comiso ampliado, pues el carácter real de la acción permite extender la investigación a todo su núcleo familiar, social o empresarial, pues se sigue la regla de la experiencia de que los delincuentes no son torpes, y no suelen dejar el delito a su nombre. Para la

¹³⁵ Causal cuarta del artículo 16 del Código de Extinción de Dominio “4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.”

¹³⁶ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal c) “Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.”

¹³⁷ La Ley de Pérdida de Dominio de Bienes de Origen Ilícito presenta tres causales por no justificación razonable del origen de los bienes: Artículo 11 Decreto 27-2010: “1. Cuando se trate de bienes, productos, instrumentos o ganancias que no tengan causa o justificación económica o legal de su procedencia u origen;” y “2. Cuando en cualquier caso el afectado o interesado no se logre justificar el origen lícito del bien, producto, instrumentos o ganancias, que es objeto de persecución;” y 8. “Cuando exista un incremento patrimonial sin justificación, en cualquier tiempo sin que se pueda explicar su origen lícito de éste;”

¹³⁸ Ley Especial de Extinción de Dominio. Decreto 534 de 2013, artículo 4º literal b): “Cuando exista incremento patrimonial de toda persona, individual o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio, en virtud de las actividades ilícitas o delictivas previstas en la presente Ley, y que exista información razonable de que dicho incremento tiene origen o se deriva de actividades ilícitas o delictivas anteriores a la acción de extinción de dominio, o de las personas que hayan podido lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes, que se originen o deriven de actividades ilícitas o delictivas, en cualquier tiempo, sin que demuestren suficiente y fehacientemente el origen lícito de los mismos.”

extinción de dominio, los familiares y demás titulares de derechos sobre los bienes que componen el patrimonio investigado no son terceros¹³⁹, pues serían reconocidos como afectados, teniendo toda la legitimación, derechos y garantías del debido proceso de la parte pasiva de la relación procesal.

El objeto sobre el cual recaen estas causales, es similar al del comiso ampliado, pues son causales diseñadas para pretender el patrimonio (total o parcial) de una persona, entendido este, en palabras del profesor Luis Guillermo Velásquez, como “*una universalidad jurídica formada por bienes activos y pasivos en cabeza de una persona jurídica individual o colectiva*”¹⁴⁰. En este sentido, también se tendrán por incrementos patrimoniales por justificar los gastos desproporcionados que no guarda relación con las fuentes de ingresos lícitos del titular del patrimonio, o la disminución de pasivos, eventos que si bien no permiten la identificación clara de bienes concretos que puedan ser pasibles de la acción extintiva, si habilitan al Estado para que la pretensión de extinción de dominio se oriente sobre los bienes por valor equivalente al capital ilícito gastado o cancelado en cumplimiento de alguna obligación.

Con relación al elemento normativo de no justificación, en materia de extinción de dominio su acreditación presenta mayores cargas probatorias para su reconocimiento, pues no se trata simplemente de una negación o juicio subjetivo donde el

¹³⁹ Para el derecho penal, cualquier titular de derechos sobre bienes pretendidos por vía del comiso ampliado que no tenga relación con la actividad delictiva, tendrá la condición de tercero. En materia de extinción de dominio, serán terceros, quienes no tengan ninguna relación con la causal extintiva. En este caso, quien ostente la titularidad sobre un bien que carece de justificación lícita razonable, será parte y no tercero, lo que se traduce en una garantía al momento de ejercer los derechos de contradicción, oposición y defensa, pues la suerte de su pretensión no se subordina a la existencia del proceso penal donde se determine la existencia de un penalmente responsable.

¹⁴⁰ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Editorial Temis, Bogotá. 2010.

Estado puede requerir a cualquier ciudadano que dé cuenta del origen de su patrimonio, pues atendiendo a las expresas cargas probatorias que tiene el Estado en materia de extinción de dominio, solo se puede hablar de que no existe una justificación razonable, solo después de haber agotado una seria investigación¹⁴¹ donde se le hubiese dado la oportunidad al titular del patrimonio cuestionado, de controvertir las pruebas del Estado para desvirtuar las presunciones de licitud y buena fe. En este sentido, se podrá hablar de no justificación, cuando se ha estudiado el origen del patrimonio, total o parcial de un ciudadano, por un período determinado, en el cual sus bienes o gastos no corresponden con sus ingresos lícitos, y que después de haber otorgado al titular del patrimonio la oportunidad de justificar las diferencias patrimoniales, su versión de licitud no hubiese sido corroborada o fuere desvirtuada seriamente por el Estado.

Por último, se debe destacar que la extinción de dominio, al reconocerse a través de una acción autónoma e independiente del proceso penal, no está subordinada a los presupuestos de extinción de la acción penal o terminación anormal del proceso penal, a diferencia del comiso ampliado, que al desarrollarse como un instituto penal accesorio, queda

¹⁴¹ En la práctica, en materia de extinción de dominio no se presenta una inversión de la carga de la prueba, como quiera que las normas de extinción, por lo regular, establece una serie de presupuestos probatorios para desvirtuar seria y fundadamente la presunción de licitud del patrimonio. En este sentido, la Ley Modelo de Extinción de Dominio de Naciones Unidas, establece los fines que debe cumplir la Fase inicial o preprocesal, determinando que para poder iniciar previamente un proceso, se debe acreditar por lo menos los siguientes aspectos: “a. Identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentren en un presupuesto de extinción de dominio”; “b. Acreditar que concurren los elementos exigidos en los presupuestos de extinción de dominio.”; “c. Identificar a los posibles titulares de derechos sobre los bienes que se encuentren en un presupuesto de extinción de dominio y averiguar su lugar de notificación.” “d. Acreditar el vínculo entre los posibles titulares de derechos sobre los bienes y el presupuesto de extinción de dominio; y “Desvirtuar la presunción de buena fe.”

condicionado a los resultados de la pretensión penal principal, por lo cual, esta pretensión de comiso se puede ver afectada por las eventualidades que acaecen dentro del proceso penal. Ejemplo de ello, es el reconocimiento expreso de estas limitantes que hace el comiso ampliado de la legislación española, donde dispone expresamente, en el numeral 5º del artículo 127 bis, que *“El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.”*

f) Del denominado “Comiso de bienes de terceros”

Si bien en Europa las nuevas tendencias legislativas en materia de comiso se están ocupando por consagrar algunas reglas que se han acogido bajo la denominación de “comiso de bienes de terceros”, siguiendo la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014¹⁴², encontramos

¹⁴² Esta directiva considera: “(24) La práctica de que un sospechoso o persona acusada transfiera activos delictivos a un tercero con su conocimiento con el fin de evitar el decomiso es común y está cada vez más extendida. El vigente marco jurídico de la Unión no contiene normas vinculantes sobre el decomiso de bienes transferidos a terceros. Por lo tanto, resulta cada vez más necesario permitir el decomiso de bienes transferidos a terceros o adquiridos por ellos. La adquisición por un tercero se refiere a situaciones en las que, por ejemplo, el bien ha sido adquirido por el tercero, directa o indirectamente, por ejemplo mediante un intermediario, de un sospechoso o persona acusada, incluso cuando la infracción penal haya sido cometida en su nombre o para su beneficio, en caso de que el acusado carezca de bienes que puedan decomisarse. Ese decomiso debe ser posible al menos en aquellos casos en que los terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor de mercado. Las normas sobre decomiso de bienes de terceros deben extenderse tanto a personas físicas como jurídicas. En cualquier caso, no deberían verse perjudicados los derechos de los terceros que actúen de buena fe.”

necesario precisar que dicha figura técnicamente no constituyen una nueva forma o circunstancia de comiso, pues simplemente se ocupa de ampliar el ámbito subjetivo de las demás circunstancias de comiso, a excepción del comiso ampliado, cuando los bienes se encuentren en cabeza de terceros del proceso penal; es decir, aquellos que no son autores ni partícipes en el delito, positivizando así una serie de reglas de la experiencia, indicios y presunciones que facilitan el reconocimiento de los presupuestos de una circunstancia de comiso, de manera subsidiaria o alternativa¹⁴³ cuando el bien ilícito se encuentra en cabeza de una persona distinta de aquellas contra quien se dirige la pretensión de declaración de responsabilidad penal.

Como advierte Patricia Vargas, la problemática de los terceros ha sido una constante durante toda la evolución del comiso¹⁴⁴; por ello, las reglas que se recomiendan en este tipo de disposiciones, son el producto decantado de la experiencia en los tribunales, en aquellos casos donde se constata que en los delitos de alta rentabilidad económica los delincuentes no obran con torpeza y, por tanto, no dejan el producto del delito a su nombre, acudiendo a terceros y personas jurídicas que son utilizados como testaferros o prestanombres, con quienes pretenden neutralizar las acciones de comiso, circunstancias que al ser llevadas a un reconocimiento normativo, a pesar de sus limitaciones procesales¹⁴⁵, resultan de suma utilidad al

¹⁴³ Esta parece ser la teleología de las disposiciones de comiso sobre bienes de terceros, de acuerdo con el numeral 25 de la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece que *“Los Estados miembros tienen la facultad de considerar el decomiso de los bienes de un tercero como medida subsidiaria o alternativa al decomiso directo, según proceda de conformidad con el Derecho nacional.”*

¹⁴⁴ Vargas González, Patricia. Op. cit. Pg. 34

¹⁴⁵ A nuestro juicio, la problemática del comiso de bienes en cabeza de terceros no se reduce a la ampliación normativa de su ámbito subjetivo, pues en la mayoría de países

momento de valorar la situación jurídica de los bienes de un tercero, ya sea en un proceso penal, como en una acción de extinción de dominio, pues se enfocan a aspectos relacionados con el ámbito subjetivo que son aplicables a ambas figuras.

Se puede decir que estas reglas para el tratamiento de los bienes comprometidos en una circunstancia de comiso penal que pertenecen a terceros, se pueden concentrar en dos grupos: el primero, relacionado con la estructuración de indicios que permiten desvirtuar la presunción de buena fe; y, el segundo, relacionado con la consagración de presunciones que permite cuestionar ciertos comportamientos que se consideran de mala fe o presumir un obrar consciente sobre las circunstancias de ilicitud que comprometen un bien.

Con relación al primer grupo de reglas que consagran indicios que permite desvirtuar la presunción de buena fe, se debe precisar que algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano y el costarricense, lo suelen sustentar en la máxima jurídica *“nemo auditur propriam turpitudinem allegans”* mediante la cual, a nadie le es permitido alegar a su favor su propia culpa o torpeza; también reconocida con la categoría de principio general del derecho de que “nadie puede sacar

este aspecto ya había sido reconocido ampliamente por vía jurisprudencial, en especial, con relación al desarrollo de los conceptos de buena o mala fe, que sirven de criterio subjetivo para determinar la procedencia del comiso cuando los bienes ilícitos no están a nombre del penalmente responsable. Lo que realmente resulta relevante, es la necesidad de contar con un procedimiento garantista y autónomo que permita al tercero ejercer sus derechos sin que su pretensión quede relegada o subordinada a los resultados de un proceso penal que le es ajeno o extraño, pues como se mencionó anteriormente, la situación jurídica de los bienes de un tercero en el proceso penal se resuelve a través de tramites incidentales, donde en muchos casos, a dicho tercero ni siquiera se le reconoce la calidad de parte, aspecto que repercute en el desmedro de sus derechos y garantías constitucionales, pues su pretensión queda condicionada al avance y solución del proceso penal, que es la actuación principal.

provecho de su propio dolo o culpa”¹⁴⁶, en palabras de Guillermo Jorge, “nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas”¹⁴⁷. De ahí que en materia de terceros no es necesario penetrar en los juicios subjetivos del derecho penal (dolo o imprudencia), pues el criterio de valoración no debe realizarse con relación a la acción del tercero frente a delito investigado, sino simplemente, se requiere valorar su conocimiento o probabilidad de advertencia de las circunstancias de ilicitud que comprometen el bien cuestionado desde una perspectiva patrimonial, por lo cual, basta con reconocer, por lo menos, la culpa civil.

En estos casos, solo es necesario contar con objetividades o indicios que permitan inferir razonablemente que el tercero actuó de manera consciente de la ilicitud que compromete el bien¹⁴⁸; es decir, si sabía o estaba en la capacidad de inferir

¹⁴⁶ Sobre este principio, Gilberto Blanco describe su alcance de la siguiente manera: 2.3. *Improcedencia por aprovechamiento en dolo propio: (Nemo Auditur propriam turpitudinem allaegans).* De la misma manera, constituye este principio la antítesis de la bona fides, pues por medio de esta figura quiere la persona aprovecharse de su culpa o de su mala fe, situación contraria no sólo a las leyes sino a las buenas costumbres. De ahí que se tache a todo el que pretenda beneficiarse de su propio dolo o culpa, toda vez que son personas indignas de ser escuchadas por la justicia; por ejemplo, la persona que celebra un contrato ilícito a sabiendas, o quien pretende reclamar una herencia o legado luego de haberse declarado la indignidad o el desheredamiento, y así pretende sucederle al causante." (Blanco Zuñiga, Gilberto Augusto. Los principios generales del derecho en la constitución de 1991. Revista de derecho: División de Ciencia Jurídicas de la Universidad del Norte N° 17; Barranquilla, 2002. Pg. 254)

¹⁴⁷ Op. cit. Pg. 67.

¹⁴⁸ Ejemplo de este tipo de normas lo constituye el artículo 127 quater del Código penal español, introducido por la Ley orgánica 1 de 2015, que establece como reglas para desvirtuar la presunción de buena fe, las siguientes:

"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

razonablemente que el bien que adquiere procedía de un delito o, si un bien de su propiedad se había destinado a la comisión de este; independiente de si dicha condición de valoración subjetiva permita derivar o no responsabilidad penal en su contra por algún otro delito doloso o culposo¹⁴⁹. También, si se demuestra que el tercero actuó consciente de que con su intervención se podía frustrar cualquier posibilidad de comiso, pues tan solo basta con demostrar dicho estado de conocimiento, para exigir de él un comportamiento diferente, en atención a las mínimas previsiones de prudencia y debida diligencia que le son exigibles a cualquier ciudadano¹⁵⁰. Así lo ha reconocido la literatura especializada, que sobre el particular ha puntualizado lo siguiente:

motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso."

¹⁴⁹ Se debe tener presente que el hecho de calificar al titular como tercero dentro del proceso penal que compromete el bien con un delito, no quiere decir que no se deba explorar la posibilidad de inferir o derivar responsabilidad penal a dicho tercero, pues en muchos casos dicho conocimiento permite deducir responsabilidad, a título de dolo directo o eventual, frente a otros tipos penales como lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito o receptación. De la misma forma, con relación a algunas modalidades imprudentes de Lavado de Activos, como lo destaca Teresa Aguado al señalar lo siguiente: *"En realidad, a través de este precepto lo que se permite es acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de blanqueo de capitales, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad criminal de los mismos, por la vía de considerarlos "terceros" a efectos del decomiso. Y es que en los supuestos en los que el sujeto conozca la procedencia delictiva o sepa que han sido transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante una conducta constitutiva de un delito de blanqueo de capitales tipificada en el art. 301.1 CP. En el caso de que el tercero hubiera tenido motivos para sospechar que procedían de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, estaríamos ante un delito de blanqueo de capitales imputable a título de imprudencia (art. 301.3 CP)".* Op. cit. Pg. 50.

¹⁵⁰ Al respecto, resulta de utilidad las previsiones realizadas por la Corte Constitucional colombiana sobre el reconocimiento de la buena fe simple, que es valorable en las actuaciones penales *"Entonces, en el caso de los bienes adquiridos por enajenación o permuta, es de vital importancia determinar si el tercero adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave, pues de ser así es viable la extinción de dominio. En caso contrario, es decir, si el tercero a quien se le traspasó un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita es de buena fe debe protegérsele su derecho, bajo determinadas circunstancias, y no sería viable la extinción de dominio. (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1007 de 2002. M.P.)*

“Aunque el Código no tiene la claridad que fuera deseable, debe considerarse como mala fe del tercer adquirente todo supuesto en que éste tenga conocimiento cierto, o se haya representado la probabilidad de que así sea, de la condición de decomisable del bien de que se trate, aunque este bien no tenga un origen ilícito. De este modo, el comiso podrá decretarse en estos dos casos:

1) En el caso de que el tercero adquiera bienes de origen ilícito. En este supuesto el tercero probablemente será responsable del delito de receptación o del delito de blanqueo de dinero, que asimismo permiten el comiso del objeto de la acción.

2) En el caso de que adquiera la cosa que fue utilizada como instrumento del delito y sobre la que el autor o partícipe del hecho podían ostentar un derecho de propiedad, cuando tal adquisición frustró el comiso.”¹⁵¹

Pero la verificación de la buena fe no es solo un postulado que se examina en materia de adquisición de bienes de origen ilícito, pues este principio también gobierna el uso o destinación que un ciudadano hace de su propiedad; por ello, también se debe de entrar a reconocer o desvirtuar la buena fe en los casos de destinación ilícita¹⁵². Sobre el particular, resulta de interés la jurisprudencia mexicana que ha considerado los siguientes presupuestos para su reconocimiento:

Es afectado de buena fe la persona que tiene algún derecho real sobre los bienes materia de la acción de extinción de dominio, que acredite la legítima procedencia del bien y no existan evidencias de que haya participado o tenido conocimiento de la actividad delictiva; quien debe ser llamado

¹⁵¹ Choclán Montalvo, José Antonio. Op. cit. Pg. 349-350

¹⁵² Son múltiples los casos de destinación ilícita que permiten cuestionar el comportamiento del propietario por asumir una posición de mala fe con relación a la destinación ilícita de su propiedad, como cuando una persona arrienda su casa y cobra un canon por encima del valor del mercado pues actúa consciente de que arrendatario va a expender sustancias estupefaciente en ella; o el caso de la persona que presta o alquila un vehículo a un familiar con antecedentes penales por hurto o tráfico ilícitos y de quien no conoce actividad lícita que le asegure el uso adecuado de su automotor.

al juicio relativo, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, para deducir sus derechos con apego a sus garantías constitucionales, y sin privarlo de la posibilidad de defenderse. Ahora bien, en atención a lo anterior y en términos del artículo 22, párrafo segundo, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el afectado que afirma ubicarse en esa descripción debe demostrar, según sea el caso, tres cuestiones: 1) la procedencia lícita de los bienes; 2) que su actuación es de buena fe; y, 3) que estaba impedido para conocer la utilización ilícita de sus bienes. (...) sin embargo, acreditar la "buena fe" a falta de indicios o elementos de prueba que demuestren la mala fe del afectado, se torna prácticamente imposible.¹⁵³

El segundo grupo de normas hace relación a las presunciones legales, donde la norma establece una serie de eventos en los cuales la constatación de ciertas objetividades permite desestimar la existencia de un proceder acorde con los postulados de la buena fe. Como presunción *iuris tantum*, puede ser desvirtuada por el tercero, a cuenta de la prueba que aporte para refutarla.

Ejemplo de este tipo de disposiciones se destaca el numeral segundo del mencionado artículo 127 *quater* de la legislación penal española que desestima la buena fe por la forma de tradición o el valor del bien, al establecer que “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.”. En este mismo sentido opera el artículo 23 del Código Penal argentino, que establece “Cuando con el

¹⁵³ Sentencia de la Décima Época, registro 2008873. Suprema Corte de Justicia de la Nación; Primera Sala, abril de 2015.

producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste”.

Otra presunción se puede deducir del artículo 63.5 de la Ley 18.494 de Control y Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo de Uruguay, que desestima la buena fe del tercero que es titular de bienes cuando se demuestra que el beneficiario final es una persona condenada por las conductas allí establecidas: *“A los fines del decomiso se considerará al condenado por los delitos previstos en la presente ley o conexos con éstos, beneficiario final de los bienes, aun cuando figuren a nombre de terceros o de cualquier otro modo posea, a través de persona física o jurídica intermedia.”.*

De otro lado, siguiendo con el análisis comparativo del instituto del comiso con la extinción de dominio, se debe precisar que al ser esta una figura jurídica autónoma del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, no maneja el mismo concepto de tercero que se reconoce en materia penal, pues como se mencionó anteriormente, el tercero al que alude el comiso penal, es aquel que no guarda ninguna relación con el delito, ya sea como autor o participe del mismo¹⁵⁴. En materia de extinción de dominio, dichos terceros tendrían la calidad de

¹⁵⁴ Son varias las fórmulas de reconocimiento de los terceros a partir de su ajenidad con la conducta penal. En este sentido, se destaca la redacción del numeral 4º del artículo 90 del Código Penal paraguayo que prescribe que *“La orden de comiso especial no procederá sobre cosas o derechos que, al tiempo de la decisión, pertenezcan a un tercero que no es autor, partícipe ni beneficiario en los términos del inciso 2º”*. En similar sentido el artículo 23 del Código Penal argentino: *““En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.* ”

parte; es decir, son considerados el extremo pasivo de la relación procesal, y por tal, tendrían la condición de “afectados”¹⁵⁵.

Al igual que en el comiso penal, el principio de buena fe se erige como el principal referente de la valoración subjetiva dentro del proceso extintivo; sin embargo, dicha valoración presenta algunos matices distintivos, pues dada su naturaleza jurídica y el carácter real de la pretensión, el principio de buena fe se reconoce en su expresión más técnica, a través de la denominada buena fe objetiva, calificada o exenta de culpa (verificable o demostrable), a la que se le reconoce efectos jurídicos superiores, pues en materia de extinción de dominio este principio presenta una doble funcionalidad: la primera, en materia de destinación ilícita, donde el proceder de buena fe excluirá la consecuencia jurídica, de la misma forma que opera en el comiso penal; y, la segunda, con relación a las causales de origen ilícito, la buena fe objetiva o calificada, permitirá reconocer la generación de derechos, saneando a favor del adquirente los problemas de validez de un acto jurídico viciado por el origen delictivo generados por el tradente. Sobre el particular, la jurisprudencia de Corte Constitucional colombiana, ha resaltado los efectos de la buena fe calificada, de la siguiente manera:

“Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada calificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe calificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

¹⁵⁵ Siempre que una persona acredite la titularidad de un derecho sobre un bien pretendido dentro del trámite extintivo, tendrá la calidad de afectado, quien de acuerdo con el artículo 1° del Código de Extinción de Dominio de Colombia, es aquella “Persona que afirma ser titular de algún derecho sobre el bien que es objeto del procedimiento de extinción de dominio, con legitimación para acudir al proceso.”

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: "*Error communis facit jus*", y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que "Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fé simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fé cualificada o buena fé exenta de toda culpa.

"Se pregunta: ¿quién ha cometido un error semejante debe ser tratado en la misma forma en que es tratado quien obra con una buena fé o buena fé no cualificada, o si por el contrario, habrá necesidad de dotar de efectos jurídicos superiores la buena fé exenta de culpa?

"El derecho antiguo al decir que un error común creaba derecho, pretendió gobernar con otro criterio la buena fé exenta de culpa. Para ello se llegó al extremo de expropiar el derecho al titular verdadero para adjudicarlo a quien había obrado con una fé exenta de culpa, vale decir, convirtió lo que resulto aparente, en realidad, o lo que es lo mismo, el propio orden jurídico creaba por sus propias energías el derecho o situación que realmente no existía"

Hoy en día, dada las tendencias actuales de prevención, control y represión de los fenómenos delictivos, los comportamientos relacionados con la adquisición y destinación de bienes y derechos están regidos cada vez más por cargas concretas de acciones positivas dirigidas a la consideración, detección y manejo de riesgos y a la prevención de actividades

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro "Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial", del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

delictivas, algunas que pueden deducirse del sentido común y otras, que se derivan de las expectativas de comportamiento frente a una actividad específica de acuerdo con las previsiones de regulación normativa frente a una actividad de riesgo.

Un ejemplo notorio de esta tendencia lo constituye las obligaciones que se establecen en los distintos sistemas de prevención del Lavado de Activos, donde se generan cargas concretas de prevención y debida diligencia a múltiples actividades que de una u otra forma puedan verse involucradas en operaciones con recursos de procedencia ilícitas, obligaciones que si bien durante muchos años solo eran predicables a ciertos sectores regulados, como el financiero, bursátil, cooperativo, cambiario, etc.; hoy en día se ha extendido a la mayoría de actores del sector real a través del cumplimiento de las cuarenta recomendaciones del GAFI, que ha impuesto estas cargas a un sin número de actividades profesionales no financieras designadas (APNFD), con lo cual, cada día es más fácil contar con parámetros objetivos de valoración para determinar si alguien obró o no acorde con los postulados de la buena fe exenta de culpa.

Por ejemplo, no podrá alegar buena fe el comprador de un bien cuestionado por su origen ilícito cuando el vendedor suscribe el instrumento de tradición desde la cárcel donde está recluido por un delito generador de lucro, pues objetivamente el adquirente podía advertir que el bien podía tener un origen ilícito y siempre estuvo en la posibilidad de actuar diligentemente para establecer si el bien que compraba tenía o no un origen lícito¹⁵⁶ para reducir el riesgo judicial; en igual

¹⁵⁶ Con lo anterior no se quiere decir que siempre que alguien negocia sus bienes desde la cárcel se debe presumir que estos son ilícitos, pues en materia de extinción de dominio se

situación se encontraría una entidad financiera que otorga un derecho de crédito a uno de sus clientes con garantía hipotecaria sobre un bien, sin cumplir con las obligaciones legales relacionadas con el conocimiento del cliente, pues mal puede una persona, natural o jurídica, alegar un proceder de buena fe, cuando no ha cumplido con sus obligaciones legales.

5. Comiso *in rem* o sin dependencia del proceso penal

La tercera etapa en la evolución del comiso en Latinoamérica¹⁵⁷, hace relación a la adaptación y desarrollo de los procedimientos de comiso civil o *in rem* que han venido siendo adoptados por algunos países para asegurar la efectividad de las circunstancias de comiso directo o indirecto y superar así sus limitantes normativas de preexistencia de una condena previa, o la exigencia de iniciar un proceso penal para cumplir con tal fin.

Esta forma del comiso de bienes ilícitos sin necesidad de depender de una condena previa, al igual que el denominado

parte de presunciones contrarias; es decir, la presunción de licitud del bien y de buena fe de su titular, pues siempre existe la probabilidad que la persona privada de la libertad tenga bienes lícitos que puede negociar libremente en el mercado. Lo que se quiere decir al invocar la valoración de este hecho desde la perspectiva de la buena fe objetiva o exenta de culpa, es que ante una objetividad tan evidente, se facilita realizar un juicio de inferencia lógica razonable que permite poner en duda el origen del bien que es objeto de negociación; y, en estos casos, surge el deber de debida diligencia al comprador, para esclarecer, en la medida de lo posible, la licitud del origen del bien que pretende adquirir.

¹⁵⁷ Insistimos en que el hecho de tratar las formas de decomiso sin condena como el final del proceso evolutivo del comiso, solo hace relación al progreso que ha tenido la figura en América Latina, pues como bien destaca en los estudios del Banco Mundial, se parte del reconocimiento de que ya Estados Unidos tenía esta forma de comiso desde 1776, por lo que su referencia no significa una revelación de novedad, sino su adaptación a los sistemas jurídicos latinoamericanos. (Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Banco Mundial – iniciativa Star. 2009. Pg. 15).

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

comiso de bienes de terceros, tampoco constituye una nueva circunstancia de comiso, sino que representa un procedimiento alternativo que opera como un apéndice del proceso penal en aquellos casos donde no es posible llegar a una declaratoria de responsabilidad penal, evento en el cual, el comiso sin condena solo representa una extensión de la acción penal al tema patrimonial, como sucede con el comiso sin condena de la legislación española¹⁵⁸, el comiso autónomo del Paraguay¹⁵⁹ o el “proceso sumarísimo de decisión anticipada de la situación jurídica de bienes aprehendidos” de Panamá¹⁶⁰, entre otros; o también puede constituir un procedimiento *in rem*, autónomo del proceso penal, como sucede con el decomiso civil norteamericano.

Se tiene también una segunda forma de comiso sin condena que conjuga las características de las modalidades anteriores, la cual no solo es independiente de la responsabilidad penal, sino que además, logra su total emancipación del proceso penal, pues se desarrolla a través de un procedimiento que no es civil ni penal, y que la doctrina y la jurisprudencia la ha considerado como una acción al margen de la persecución penal, que sin necesidad de prescindir de ella, permite llegar al comiso de los bienes ilícitos¹⁶¹, como sucede con la acción

¹⁵⁸ Artículo 127 ter del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 1 de 2015.

¹⁵⁹ Numeral 2º del artículo 96 del Código Penal “Cuando no corresponda un procedimiento penal contra una persona determinada ni la condena de una determinada persona, el tribunal decidirá sobre la inutilización o el comiso según la obligatoriedad o la discrecionalidad prevista en la ley, atendiendo a los demás presupuestos de la medida. Esto se aplicará también en los casos en que el tribunal prescinda de la pena o en los que proceda un sobreseimiento discrecional.”; en concordancia con la Ley 4575 de 2012 “Que Establece Procedimiento Especial Para la Aplicación de la Orden Posterior y Orden Autónoma de Comiso”.

¹⁶⁰ Artículo 5 y ss. de la Ley 34 del 27 de julio de 2010, “Que modifica la Ley 23 de 1986, sobre delitos relacionados con drogas e instituye un proceso para la decisión anticipada de la situación jurídica de bienes aprehendidos”.

¹⁶¹ Sobre las características de esta forma de decomiso sin condena, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia precisa lo siguiente: “De todo ello, surge la necesidad de establecer mecanismos, que prescindiendo de la persecución penal, aunque sin sustituirla, permitan actuar directamente sobre bienes de procedencia ilícita, decomisándolos y previo un debido proceso, declarar su extinción a favor del Estado,

extinción de dominio de Colombia, cuya consecuencia jurídica se sustenta en fundamentos de legitimación distintos a los del comiso penal tradicional; por lo tanto, esta modalidad de comiso *in rem*, que se ha extendido a México, El Salvador, Perú, Guatemala, y Honduras, si puede ser considerada como un nuevo instituto o una nueva forma de comiso, pues coinciden en el cumplimiento de sus mismos fines, pero con fundamentos de legitimación diferentes.

Este enfoque real constituye una de sus principales características, pues su distanciamiento del rito penal le permite centrar el cuestionamiento en el derecho de propiedad y la persecución de los bienes; y no, en la valoración de la conducta y responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos. Este cambio de perspectiva implica una reorientación de la acción desde el punto de vista de los principios y garantías que le son predicables, pues al ser los derechos patrimoniales el eje central de la pretensión de comiso, los principios y garantías procesales se distancian de aquellos que rigen la valoración de la conducta en el proceso penal.

En conclusión, se puede decir que en la actualidad se pueden distinguir dos gran grandes vertientes de decomiso sin condena, pues dependiendo de los fundamentos de legitimación que se invoquen, se hablará de comiso sin condena, cuando los supuestos de ilicitud se cimienten en la acreditación objetiva de un delito manteniendo un nexo de dependencia directa o

como medida efectiva de política criminal, en situaciones en que la persecución penal y el consecuente decomiso penal, se vean dificultados por ciertas situaciones que se producen de manera recurrente, como las derivadas de la muerte del imputado, la prohibición de proceso penal en ausencia, régimen de inmunidades, responsabilidad penal de personas jurídicas, prescripción de la acción penal, bienes de menores e incapaces y otros." (Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013 del 19 de abril de 2013.)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro "Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial", del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

indirecta con el proceso o la responsabilidad penal; o se hablará de extinción de dominio, cuando los fundamentos de legitimación se centren en la validez y licitud del derecho de propiedad, valorados desde una perspectiva constitucional con relación a la verificación de los presupuestos de adquisición y correcto ejercicio del derecho a la propiedad privada.

Para mayor claridad, resulta oportuno ahondar en el análisis de cada una de estas figuras:

a) Comiso sin condena

Si bien las formas de comiso directo e indirecto constituyen una importante evolución del instituto, su dependencia al proceso penal les hace conservar la observancia de varios de los presupuestos y principios del derecho penal, entre ellos, el principio acusatorio, que en palabras de Choclán Montalvo, conllevan *“una correlación entre la acusación penal y la consecuencia accesoria interesada por la acusación”*¹⁶², aspecto que impide avanzar o reconocer el comiso en aquellos casos donde resulta imposible iniciar o culminar un proceso penal; como cuando la acción se extingue por muerte del acusado o prescripción, o el investigado está ausente o en fuga, entre otros múltiples eventos que neutralizan el procedimiento accesorio que se debe garantizar para que el comiso pueda prosperar, dada la imposibilidad de iniciar o culminar el proceso penal principal.

Surge así la importancia y utilidad de las formas de comiso sin condena, también conocidas como “decomiso civil”,

¹⁶² Op. cit. Pg. 348.

“decomiso *in rem*” o “decomiso objetivo”, que se enfocan en el desarrollo de un cuerpo normativo que no busca sentar nuevos presupuestos de reconocimiento del comiso, sino que pretende la adopción de reglas procesales que permitan desarrollar autónomamente la pretensión de comiso más allá de los límites investigativos marcados por la pretensión penal, en un delito que aún no ha sido fallado, estableciendo normas adecuadas para llegar al reconocimiento del comiso, así la pretensión penal principal no logre satisfacerse.

Este procedimiento presenta múltiples ventajas frente a las limitantes del proceso penal¹⁶³, pues como bien destaca la doctrina especializada¹⁶⁴: se desarrolla a través de una acción *in rem* (contra la cosa); puede ser promovida antes, después o durante el proceso penal, o aún ante la inexistencia de este; no va requerir una declaración de responsabilidad ni condena penal previa; no exige una demostración de sus presupuestos bajo el criterio de certeza o más allá de duda razonable, pues basta con realizar un juicio de valor conforme al balance de probabilidades¹⁶⁵; puede variar de jurisdicción (penal o civil); y

¹⁶³ Sobre estas limitantes, Guillermo Jorge destaca “Originalmente, el decomiso del producto del delito ha sido tratado como una sanción penal en todas las tradiciones jurídicas. Sin embargo, diversas dificultades probatorias, como las relativas al origen –lícito o ilícito– o a la “la titularidad” –tanto frente a casos de testafierros como de vehículos corporativos registrados en jurisdicciones offshore– llevaron a varios países, tanto de tradición anglosajona como continental, a idear regímenes de decomiso del producto de actividades ilícitas bajo procedimientos *in rem*, que operan bajo estándares administrativos.” Op. cit. Pg. 70.

¹⁶⁴ Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Op. cit. Pg. 10.

¹⁶⁵ El estándar de prueba de “probabilidad”, también conocido como “balance de probabilidades” es explicado de manera sencilla por Guillermo Jorge: “La segunda posibilidad es que la ley exija que la acusación alcance un grado de probabilidad –usualmente mostrar al tribunal que “es más probable que los bienes sean de origen ilícito que no lo sean”– y que, sólo una vez alcanzado ese estándar, la carga de destruirlo corresponde al condenado. Una forma aceptada de probar la probabilidad de que el dinero es de origen ilícito es comparando el valor de los bienes en cuestión con los ingresos lícitos. Ejemplos de este modelo pueden apreciarse en Australia, Italia, Holanda y Estados Unidos.” Op. cit.81

procede aun cuando el titular del bien preserve su presunción de inocencia, pues como se mencionó, no requiere de declaratoria alguna de responsabilidad penal.

Esta forma de comiso viene siendo promovida a través múltiples instrumentos y recomendaciones internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en materia de cooperación internacional, en el literal c) del artículo 54.1 incentiva a los distintos Estados para incluir esta modalidad de comiso dentro de sus ordenamientos jurídicos, exhortando a que cada legislación *“Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.”*

Por su parte, el Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, a través de sus cuarenta recomendaciones que señalan los estándares mínimos de medidas legales, regulatorias y operativas que cada país debe adoptar en su ordenamiento interno para identificar sus riesgos y establecer disposiciones que permitan prevenir, controlar y combatir “el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación” entre otras amenazas a la integridad de los circuitos financieros internacionales, destaca en su recomendación cuarta la importancia de que cada país cuente con institutos con amplias facultades para el decomiso de bienes ilícitos, entre ellas, recomienda que *“Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que*

este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales."

Por su parte, dentro del contexto europeo también se promueve la adopción de este tipo de procedimientos autónomos, como quiera que esta tendencia se consagra en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014, que en el numeral segundo de su artículo 4° establece la posibilidad de acceder a una decisión de comiso sin necesidad de llegar a condena, cuando dicha decisión se considere como probable, al reconocer esta figura en los siguientes términos:

" En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio."

Sin embargo, a pesar que las anteriores recomendaciones y directrices propugnan por la difusión de este instrumento y reconocen sus enormes ventajas para superar algunos inconvenientes que suelen presentarse por ausencia del investigado o imposibilidad de continuar la acción penal en su contra, su autonomía e independencia frente al proceso penal no es completamente clara; por el contrario, la tendencia actual, es que el comiso sin condena siga atado al rito penal, como predomina en algunos modelos como el español, el paraguayo, y el panameño, aspecto que puede ofrecer

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro "Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial", del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

algunas ventajas, como bien destaca Teresa Aguado, en especial, con relación al manejo flexible de la carga de la prueba¹⁶⁶, que incluso puede llevar a su inversión total, lo que resultaría de utilidad en ciertos delitos como el lavado de activos, el enriquecimiento ilícito, el testaferrato, la receptación, entre otros.

Esta dependencia del comiso sin condena al proceso penal es expresa en el nuevo artículo 127 ter del Código Español, introducido por la Ley Orgánica 1 de 2015 que prevé:

«1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,
- b) se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o
- c) no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.»

¹⁶⁶ Sobre el particular, la citada autora destaca que esta utilidad probatoria del comiso sin condena fue uno de los aspectos que tuvo en cuenta el Comité de las Regiones Europeas mientras analizaban la implementación de esta figura en la normatividad comunitaria *“El CDR se inclina por soluciones penales sobre la base de normas penales que ya han demostrado su eficacia -como pudiera ser el delito de tenencia de activos no justificados previsto en el art. 321-6 del Código Penal francés¹⁴⁴⁻, pues de este modo se conseguiría la inversión de la carga de la prueba¹ que, en definitiva, es lo que parece ser que se pretende con la introducción del decomiso sin condena penal.”*

Esta forma de comiso sin condena no ha sido ajena a las críticas que surgen desde la perspectiva de los principios y garantías del derecho penal, en especial, frente a la aparente vulneración de los principios de culpabilidad, presunción de inocencia y proporcionalidad. Al respecto, cabe anotar que dichas objeciones ya han sido decantadas dentro del contexto europeo, donde se le ha reconocido plena validez y eficacia a la figura, al considerarla como un instituto de naturaleza sancionatoria no penal concebido como un mecanismo idóneo para perseguir lo que es producto de un enriquecimiento ilícito.

Este mismo argumento se refleja en la motivación de la figura en la Ley Orgánica 1º de 2015, que apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se anticipó a cualquier censura y sustentó su validez jurídica de la siguiente manera:

Tradicionalmente el decomiso del producto del delito ha estado vinculado a la existencia de una condena previa (penal) por el delito cometido. Con este punto de partida, se había afirmado que un decomiso sin condena es necesariamente contrario al derecho a la presunción de inocencia, pues autoriza el decomiso de efectos procedentes de un delito que no ha sido probado y por el que no se ha impuesto ninguna condena. Sin embargo, tal interpretación solamente viene determinada por un análisis del decomiso apegado a la regulación tradicional del mismo, y desconoce que, como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el decomiso sin condena no tiene una naturaleza propiamente penal, pues no tiene como fundamento la imposición de una sanción ajustada a la culpabilidad por el hecho, sino que «es más comparable a la restitución del enriquecimiento injusto que a una multa impuesta bajo la ley penal» pues «dado que el decomiso se limita al enriquecimiento (ilícito) real del beneficiado por la comisión de un delito, ello no

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

pone de manifiesto que se trate de un régimen de sanción (Decisión 696/2005, Dassa Foundation vs. Liechtenstein).

Se debe advertir que a pesar que este procedimiento de comiso se suele justificar en la necesidad de recuperar o privar al delincuente de su enriquecimiento ilícito, lo cual se refleja en algunas legislaciones donde el ámbito objetivo de la figura solo se restringe a los beneficios y ganancias del delito, como acontece con el comiso autónomo del Paraguay¹⁶⁷, se debe insistir que esta figura no representa una nueva circunstancia de comiso directo ni indirecto, pues en esencia se enfoca en el procedimiento para lograr su reconocimiento sin necesidad de exigir una condena previa; por esta razón, consideramos que los propósitos de política criminal de esta modalidad de comiso se cumplen con relación a las demás circunstancias de comiso directo o indirecto (a excepción del comiso ampliado) ya sea por origen ilícito o destinación ilícita del bien, pues son precisamente las deficiencias que se presentan en dichas circunstancias, las que justifican su existencia.

Algún sector de la doctrina adscribe los institutos de comiso sin condena al sistema de afectación real, que como se mencionó al inicio de este estudio, se sustenta en circunstancias predicables del bien y no de su titular. Sobre el particular Greenberg, Samuel, Grant y Gray destacan esta característica de la siguiente manera:

El decomiso de activos NCB, conocido también como “decomiso civil”, “decomiso in rem” o “decomiso objetivo” en algunas jurisdicciones, es una acción contra el activo mismo

¹⁶⁷ Particular situación presenta la figura de comiso autónomo del Paraguay, pues a pesar que la norma consagrada en el numeral 2° del artículo 96 del Código Penal no discrimina ninguna circunstancia de comiso en particular, la Ley 4575, “Que Establece Procedimiento Especial Para la Aplicación de la Orden Posterior y Orden Autónoma de Comiso” solo lo restringe a “beneficios y ganancias”

(por ejemplo, El Estado versus US\$100.000) y no contra un individuo. Se trata de una acción separada de cualquier proceso penal y requiere prueba de que la propiedad esté manchada (es decir, la propiedad consiste en productos o instrumentos del crimen). Generalmente, tiene que establecerse la conducta criminal en un estándar de prueba de balance de probabilidades, lo que suaviza la carga sobre el gobierno y significa que puede ser posible obtener el decomiso cuando hay evidencia insuficiente para apoyar una condena penal. Dado que la acción no es contra un individuo demandado, sino contra la propiedad, el dueño de la propiedad es un tercero que tiene derecho a defender la propiedad.¹⁶⁸

A pesar de lo anterior, se debe advertir que no todos los institutos de decomiso sin condenas son iguales, pues no siempre se reconoce una prevalencia del carácter real sobre el personal; por el contrario, la tendencia actual dentro del contexto europeo, es la de adoptar un sistema mixto, con notoria prevalencia del sistema personal¹⁶⁹, donde se conserva una estrecha relación del bien con el rito penal, toda vez que tanto la investigación y decisión del comiso se realiza dentro del marco proceso penal. Con relación a su ámbito objetivo, esta modalidad se encuentra limitada, en virtud del principio de proporcionalidad penal, a ciertas circunstancias, personales (no reales), que imposibilitan la obtención de una condena; como

¹⁶⁸ Greenberg, Theodore; Samuel, Linda; Grant, Wingate; Gray, Larissa. Op. cit. Pg. 10-11.

¹⁶⁹ Lo anterior se deduce de la lectura del numeral segundo del artículo 4º de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/42/UE del 3 de abril de 2014, donde la exigencia de requisitos de carácter personal y la necesidad de haberse promovido (incoado) una acción penal, constituyen presupuestos del reconocimiento del comiso ampliado. Dicha regla prescribe lo siguiente: “2. En caso de que no sea posible efectuar el decomiso sobre la base del apartado 1, al menos cuando dicha imposibilidad se derive de la enfermedad o la fuga del sospechoso o del acusado, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de instrumentos o productos en aquellos casos en los que se hayan incoado procedimientos penales en relación con una infracción penal que pueda dar lugar, directa o indirectamente, a una ventaja económica, y en los que dichos procedimientos podrían haber conducido a una resolución penal condenatoria si el sospechoso o acusado hubiera podido comparecer en juicio.”

por ejemplo, la ausencia del investigado o acusado, su fuga o rebeldía para comparecer al proceso, la enfermedad grave que impide su presencia en el juicio, o la extinción de la acción penal por muerte, entre otras, constituyendo estas circunstancias de carácter personal, el principal elemento distintivo entre el comiso sin condena penal y la extinción de dominio, la cual se sustenta en circunstancias de ilicitud predicables de los bienes y no de sus titulares.

Por lo anterior, se puede concluir que independiente de los presupuestos normativos que exija el instituto en una legislación determinada, el comiso sin condena demanda el cumplimiento de, por lo menos, los siguientes requisitos: primero, que se demuestre la existencia de una conducta típicamente antijurídica que comprometa los bienes cuestionados, ya sea por su origen o destinación ilícita; segundo, que se estructure independientemente la pretensión de comiso acreditando los presupuestos de alguna circunstancia de comiso directo o indirecto (producto, medio, instrumento, ganancia, no justificación, equivalencia, etc.), con excepción del comiso ampliado que por definición requiere de condena previa; en tercer lugar, se requiere garantizar el respeto a un debido proceso, donde se otorgue a los titulares de derechos sobre el bien pretendido todas las garantías para el ejercicio de sus derechos de oposición, contradicción y defensa frente a la pretensión de comiso a través de un debate adversarial; por último, que se demuestre, en grado de probabilidad (o balance de probabilidades), el compromiso del titular de derechos con la correspondiente circunstancia de comiso¹⁷⁰, al punto tal, que

¹⁷⁰ Como se ha mencionado a lo largo de este análisis, la pretensión de comiso es distinta e independiente de la pretensión de declaración de responsabilidad penal e imposición de condena. La no exigencia de una condena previa, solo reafirma su naturaleza de consecuencia accesoria; por tanto, la principal ventaja que presenta esta forma de comiso frente a las demás circunstancias de comiso directo e indirecto, es que libera su

los resultados de la investigación permitan considerar que de no haberse presentado la circunstancia que impidió la obtención de una condena, la decisión de comiso sobre los bienes resultaba altamente probable.

b) Extinción de dominio

A lo largo del presente análisis, se han venido esbozando algunas de las principales características de la extinción de dominio y se ha realizado una comparación entre las causales extintivas y las principales circunstancias de comiso, destacando cómo la extinción de dominio ha sido el producto de la necesidad de superar todas las deficiencias del instituto penal. Por ello, para su comprensión, se debe reconocer que durante muchos años el proceso evolutivo del comiso estuvo motivado por la necesidad de contar, al interior del proceso penal, con un instituto que permitiera privar a los delincuentes de sus bienes ilícitos en aquellas circunstancias que no eran viables a través del comiso directo; como por ejemplo: cuando no era posible llegar a una condena; o cuando se extinguía la acción penal por muerte o prescripción; o el proceso penal no se podía continuar por ausencia o rebeldía del acusado; o cuando no se lograba desvirtuar la presunción de inocencia más allá de duda razonable; o cuando se pretendían bienes ilícitos cuya titularidad recaía en cabeza de terceros, menores, o personas jurídicas que no intervenían en la conducta delictiva, entre otras

trámite de la subordinación que tenía para que previamente se resolviera la pretensión penal principal a través de una sentencia condenatoria. Por esta razón, el nexo de relación que demanda esta forma de comiso, no es, necesariamente, entre el titular de los bienes con la actividad delictiva, sino de este con la circunstancia de comiso que se invoque, pues como se mencionó anteriormente, en cada descripción normativa del comiso subyacen conductas jurídicamente relevantes para el reconocimiento de la pretensión de comiso penal (producir, adquirir, destinar, instrumentalizar, mezclar, etc.).

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

múltiples circunstancias que privaban al Estado de la posibilidad de perseguir o neutralizar los bienes ilícitos.

A pesar de que las nuevas formas de comiso¹⁷¹ que se vienen adoptando en distintas legislaciones permiten sortear con relativa facilidad varias de las dificultades anotadas, aún existen diversos eventos en los cuales las circunstancias de comiso tradicional y las nuevas formas de comiso indirecto resultan improcedentes, dada la dependencia que aún existe de este instituto con el reconocimiento del delito dentro de un proceso penal.

Es el caso, por ejemplo, de la ganancia de un delito que jamás es establecida dentro de un proceso penal, a pesar que el titular de los bienes ilícitos sí llega a ser condenado y cumple con la pena correspondiente por la conducta que genera dicho beneficio espurio, impidiendo iniciar así una nueva investigación penal por los mismos hechos para establecer el origen ilícito de sus bienes; de la misma forma, cuando se carece “de jurisdicción”¹⁷² para investigar penalmente al titular de los bienes cuestionados; o cuando ya existe una decisión con fuerza de cosa juzgada en el extranjero en contra del titular de los bienes ilícitos impidiéndose el doble juzgamiento; o cuando dicho propietario fue beneficiado de una amnistía o un indulto, por una conducta que generó una riqueza ilícita que no logra ser investigada; o cuando los bienes se encuentran en

¹⁷¹ Se hace relación a las formas de comiso sustitutivo, por equivalencia, ampliado, sin condena, de “terceros”, autónomo, de pleno derecho, de capitales emergentes, o de bienes sin justificación lícita razonable, entre otros, que si bien existen en algunas legislaciones europeas desde el siglo pasado, resultan aún novedosas para muchos países dentro del contexto latinoamericano.

¹⁷² Si bien la jurisdicción es una sola, esta excepción recae en los casos en que se plantean excepciones a la jurisdicción ordinaria, como aquellas denominadas jurisdicciones especiales, en los países donde se reconoce un sistema legal distinto a los militares o las comunidades indígenas, reconocidos como jurisdicción penal militar o jurisdicción indígena, o jurisdicciones similares.

cabeza de una persona beneficiada por una decisión absolutoria, preclusiva o de sobreseimiento definitivo; incluso, cuando se concluye en la atipicidad de la conducta¹⁷³; o en el evento en que el titular de los bienes ha sido favorecido con un criterio de oportunidad; o goza de alguna inmunidad que lo sustrae del alcance del derecho penal, entre otros múltiples eventos donde las necesidades de la investigación patrimonial sobrepasan la órbita del proceso penal.

Las anteriores limitaciones y deficiencias del comiso penal fueron las que impulsaron el diseño de la extinción de dominio¹⁷⁴, figura que también ha tenido su propio proceso evolutivo, pues primero fue ideada por el legislador colombiano como una acción autónoma del proceso penal¹⁷⁵, pero sin total

¹⁷³ Sería el caso del medio de transporte utilizado para el tráfico de armas, donde se emplean varios viajes para transportarlas por partes: un viaje con solo los cañones, otro con los cerrojos, otro con los cargadores, otro con los resortes de recuperación, y así sucesivamente, para evitar la tipificación bajo el delito de tráfico ilegal de armas en caso de ser detectados. Es claro que si se incauta un vehículo con un compartimento secreto o caleta, con solo cerrojos, o solo cañones de Fusiles AK-47, que en muchos países de Latinoamérica solo son utilizados por organizaciones criminales, desde la perspectiva del derecho penal, dichas partes, por sí solas, no pueden ser calificadas como armas, siendo atípico su transporte, pero si dicha acción, se analiza en su contexto, desde la perspectiva de los actos dispositivos sobre el vehículo, se puede concluir, de manera inequívoca, en su ilícita destinación.

¹⁷⁴ Dentro del proceso de evolución de la extinción de dominio como instituto autónomo del proceso penal e independiente de la responsabilidad penal, se pueden distinguir dos momentos o hitos: el primero, marcado a partir de la primera legislación de Extinción de Dominio emitida en Colombia a través de la Ley 333 de 1996, hasta la expedición de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida por la Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el año 2011, etapa en la cual se expidieron las leyes de extinción de dominio de Honduras, Perú, México y Guatemala; y, un segundo hito, marcado a partir de la Ley Modelo, la cual ha servido de referente para la Ley Especial de Extinción de Dominio de El Salvador y el nuevo Código de Extinción de Dominio de Colombia, siendo estas disposiciones el referente para las nuevas iniciativas legislativas en la materia que se impulsan en distintos países de Latinoamérica.

¹⁷⁵ Se hace relación a la primera legislación especial de extinción de dominio de Colombia, concebida a través de la Ley 333 del 19 de diciembre 1996 “*Por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita*”, la cual estuvo vigente hasta el 3 de Septiembre de 2002, fecha en que se expidió por vía excepcional el Decreto Legislativo 1975, que reformó íntegramente el instituto, el

independencia de éste, como quiera que se concebía como una acción residual o subsidiaria al proceso penal, pues expresamente la ley especial indicaba que *“En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso”*; y se consideraba como una acción de carácter personal y no real, pues se dirigía *“contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido”* ¹⁷⁶, rasgos que aún se conservan en las leyes de extinción de dominio de Perú y México. Además, sus causales eran completamente penales, pues hacían relación a delitos específicos, relacionados con conductas graves, asociadas a la denominada criminalidad organizada, pero el procedimiento para hacerla efectiva era de corte dispositivo civil.

Esta primera normatividad se caracterizó por contener múltiples deficiencias técnicas de orden sustancial y procesal que impidieron su efectividad¹⁷⁷; sin embargo, fue a partir del minucioso examen realizado por la Corte Constitucional colombiana, en sus sentencias C-374, C-409, C 539 de 1997 y C-1708 de 2000, que se pudo replantear toda la figura y sentar las bases para rediseñar todo el instituto, lo cual se realizó primero,

cual se incorporó en la legislación ordinaria a través de la Ley 793 del 27 de diciembre de 2002.

¹⁷⁶ A pesar que el artículo 7º de la Ley 333 de 1996 aludía a que *“La acción de extinción del dominio de que trata esta Ley es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real”*, la definición de objeto la orientaba hacia una acción *in personam*.

¹⁷⁷ En anterior trabajo se habían analizado las principales deficiencias de la 333 de 1996 de la siguiente manera: *“En efecto, desde su concepción original en el proyecto de Ley 016 de 1996, se podían advertir los problemas que la afectarían, pues había sido ideada como una acción pública, contenciosa administrativa, pero durante el tortuoso paso por el legislativo terminó siendo una mezcla entre acción civil y pública a cargo de la justicia penal, mixtura de disposiciones que delineó un esquema procesal complejo, que sin duda fue uno de los factores que influyó directamente en su rotundo fracaso...”* (Santander Abril, Gilmar Giovanni. La nueva estructura del proceso de extinción de dominio. En *“La Extinción de Dominio en Colombia”*. UNODC, Bogotá D.C, 2015. Pg. 51).

a través de una norma de excepción¹⁷⁸, por vía del Decreto Legislativo 1975 de 2002, que se incorporó en la legislación ordinaria a través de la Ley 793 del mismo año; normas que, al contener disposiciones sensibles para la adquisición y ejercicio del derecho a la propiedad privada, fueron sometidas también a rigurosos exámenes de constitucionalidad junto con su legislación complementaria, a través de las sentencias C-1007 de 2002, C-740 de 2003, C-030 de 2006, C-540 de 2011 y C-459-2011, entre otros fallos de la Corte Constitucional colombiana, que a su vez sirvieron de fundamento a las modificaciones introducidas a través de la Ley 1708 de 2014, mediante la cual se expidió el actual Código de Extinción de Dominio, norma que, al igual que la Ley Modelo de Extinción de Dominio de UNODC, acogen un instituto de marcada influencia constitucional, completamente autónomo e independiente del proceso penal.

A este modelo de comiso por fuera del proceso penal se adhirió Perú, primero con el Decreto Legislativo N° 992 del 22 de julio de 2007 que Regula el proceso de Pérdida de Dominio, modificado mediante la Ley N° 29212, expedida el 16 de Abril de 2008, que a su vez fue modificada cuatro años después por el Decreto Legislativo N° 1104 del 18 de abril de 2012; luego México, primero con la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal del 3 de diciembre de 2008 y la Ley Federal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del Artículo 22 de la Constitución

¹⁷⁸ El cambio de juridicidad en la extinción de dominio estuvo marcado por un momento coyuntural en la historia de Colombia, pues fue producto de una norma de excepción, toda vez que el decreto 1975 de 2002 se expidió con fundamento en la declaratoria del Estado de Conmoción Interior declarado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1837 de 2002, con ocasión a los actos terroristas registrados tras la posesión del presidente Álvaro Uribe Vélez, el 7 de agosto de dicho año, como quiera que la persecución de bienes ilícitos era considerada como una parte fundamental dentro de la estrategia de lucha contra las organizaciones narcoterroristas.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

Política de los Estados Unidos Mexicanos del 30 de abril de 2009, entre otras disposiciones estatales; luego Honduras, que adoptó la figura a través del Decreto Legislativo 27 de 2010, denominado Ley de Privación de Dominio de Bienes de Origen Ilícito del 31 de mayo de 2010; le siguió Guatemala, con la Ley de Extinción de Dominio del 7 de diciembre de 2010; y posteriormente El Salvador con la Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita acogida a través del Decreto 534 del 7 de noviembre de 2013.

A estas disposiciones se suman distintas iniciativas de leyes de extinción de dominio que permiten anticipar la expansión de este instituto dentro del ámbito Latinoamericano, como quiera que han cursado proyectos de leyes de extinción de dominio en los congresos de República Dominicana, Costa Rica, Paraguay, Argentina, Panamá, Ecuador, Brasil, Bolivia, la mayoría de estas, acogándose a las recomendaciones de la Ley Modelo de Extinción de Dominio promovida a nivel hemisférico por la UNODC y apoyada por el Proyecto de BIDAL (Bienes incautado de América Latina) de la OEA – CICAD, lo cual demuestra la intención de varios Estados de explorar la posibilidad de beneficiarse de la ventajas que ofrece este instituto para afrontar de manera efectiva y eficaz los problemas asociados con los aspectos patrimoniales de la criminalidad.

De otra parte, se debe resaltar que la evolución que ha tenido la Extinción de Dominio, especialmente a través de los lineamientos que han emitido los tribunales constitucionales de los países que la han adoptado, ha permitido consolidar toda una nueva juridicidad en torno a esta figura jurídica e identificar institutos jurídicos y características procesales que le son propias,

existiendo cierto consenso en la doctrina y jurisprudencia internacional, sobre los siguientes aspectos:

- **Concepto, naturaleza jurídica y fundamentos de legitimación**

Como se ha expuesto durante el presente trabajo, la extinción de dominio no es tan solo una simple acción, sino que es, en el fondo, el mismo instituto del comiso penal visto desde una perspectiva *in rem*, que se investiga y reconoce a través de un procedimiento no penal. Al igual que el comiso, se contempla como una consecuencia jurídica de carácter patrimonial derivada de una “actividad ilícita”¹⁷⁹; en este sentido, la Ley Modelo de Extinción de Dominio la define como “... *una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna*”¹⁸⁰.

Con relación a su naturaleza jurídica, se debe precisar que, al igual como sucede con las distintas circunstancias de comiso penal, resulta imposible catalogar la extinción de dominio bajo la perspectiva de una determinada categoría jurídica, pues esta figura se nutre de distintos principios y normas de disímiles fuentes, lo que ha permitido generar diferentes discusiones

¹⁷⁹ Como quiera que la extinción de dominio se desarrolla por fuera del proceso penal, no resulta apropiado hablar de delito, en su sentido penal, sino que se utiliza la expresión genérica de “actividad ilícita”, la cual es entendida como “*Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.*” (literal a, del artículo 1º de la Ley Modelo de Extinción de Dominio).

¹⁸⁰ En similar sentido se consagra en el Código de Extinción de Dominio de Colombia, que la define en su artículo 15 como “*una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas o que deterioran gravemente la moral social, consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el afectado.*”

frente a su posible naturaleza jurídica, la cual suele ser discutida desde distintos puntos de vista: constitucional, penal, civil o administrativo. Por ello, se debe admitir que en los distintos países donde se ha adoptado la figura, aún no existe un consenso sobre este aspecto. Sin embargo, como quiera que la amplitud y complejidad de estos debates desbordan el objeto del presente estudio, resulta útil, por lo pronto, reconocer los avances que sobre el particular ha alcanzado la Corte Constitucional colombiana, que se ocupó por realizar una aproximación a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio desde una perspectiva procesal, reconociendo en ella una acción de naturaleza constitucional¹⁸¹. Sobre el particular, dicho tribunal puntualizó lo siguiente:

Nótese que el constituyente de 1991 bien podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. No obstante, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa.

16. En virtud de esa decisión del constituyente originario, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por

¹⁸¹ Ya en anterior oportunidad nos habíamos ocupado en reflexionar sobre este tema: *"Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era "constitucional", lo cual dejaba esta acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines"* (Santander, Gilmar. Op. cit. Pg. 53).

el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.

Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático.

Sin embargo, se debe aclarar que la naturaleza constitucional de la figura no depende solo por su mención expresa en la Constitución Política, pues tan solo México, Colombia y República Dominicana¹⁸² cumplirían con tal requisito. Lo que realmente permite predicar la naturaleza constitucional de la extinción de dominio, son sus fundamentos de legitimación que deben ser acordes con los fines del Estado, los cuales se sustentan en principios, reglas y valores ético sociales de orden constitucional¹⁸³, como el principio de responsabilidad; el valor del trabajo y la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza; el valor de la justicia en razones de equidad y del respeto de un orden social justo; el respeto al derecho de igualdad en el acceso y protección al derecho de propiedad; el derecho a la

¹⁸² A pesar que el artículo 51 de la Constitución de República Dominicana rechaza los bienes ilícitos y establece los "Juicios de Extinción de Dominio", al momento de concluir este estudio la figura aún se encuentra pendiente por reglamentación por parte del legislador dominicano.

¹⁸³ Trilleras Matoma describe este fundamento de legitimación desde la perspectiva del derecho a la propiedad. Al respecto señala: *"Los fundamentos del derecho a la propiedad sustentados en el trabajo, en el ejercicio de la libertad, en el derecho y los fines sociales llevan a fortalecer el objeto del proceso de extinción de dominio, como las fuentes legitimadoras para la efectividad en la consolidación del derecho a la propiedad. En primer lugar, mediante el trabajo desde el punto de vista ético, justifica que quien trabaja tiene derecho de apropiarse del fruto del mismo, en segundo lugar en el ejercicio de la libertad, todos los individuos se encuentran en libertad de apropiarse legítimamente de una cosa que anteriormente no ha pertenecido a nadie, siempre y cuando por este hecho no resulte disminuido el bienestar de algún otro individuo y por último, es el sistema jurídico quien determina el régimen de propiedad adecuado a los fines sociales en aplicación de la justicia distributiva, para la persecución de los bienes que han traspasado esos límites fijados, por cuanto alteran el régimen económico y social del Estado, mediante la re-distribución sobre la base del principio de la diferencia."*

propiedad adquirida con respeto del orden jurídico y ejercido dentro del marco del interés o función social, entre otras máximas constitucionales que permiten trascender el plano del delito para penetrar en los aspectos sustanciales relacionados con la adquisición y ejercicio del derecho a la propiedad privada, constituyendo este factor, su principal diferencia frente al comiso penal.

Cabe anotar que a pesar que existe cierta homogeneidad con relación a los principios, reglas y valores ético sociales que se toman de referencia para valorar el alcance y los límites de derecho a la propiedad privada, cada sociedad determina los parámetros mínimos de referencia para tal efecto; por ejemplo, la jurisprudencia constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, acoge los siguientes:

...el instituto de la extinción de dominio de bienes, encuentra sustento constitucional, en los principios, valores y fines del Estado, como los principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). Los valores supremos de igualdad, dignidad, libertad, respeto, transparencia, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien; y los fines y funciones esenciales del Estado, como el de garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; en virtud de los cuales no puede protegerse jurídicamente la titularidad de bienes de procedencia ilícita, que no son producto del trabajo honesto, sino que provienen de actividades que laceran la moral de la sociedad, socavan las instituciones del Estado y corrompen a las personas y servidores públicos.

Para comprender de mejor forma los cambios de perspectiva y fundamentación entre la extinción de dominio y el comiso, se debe recordar que, a pesar que los dos institutos recaen sobre el mismo objeto (bienes de origen o destinación ilícita), el comiso penal, independiente de su naturaleza jurídica, va a tener en el delito¹⁸⁴ su principal fundamento, pues se legitima en el rechazo del enriquecimiento delictivo y en la peligrosidad objetiva del bien; es decir, que lo que va a legitimar al Estado para que pueda privar a un ciudadano de su propiedad por vía del comiso penal, es que se acredite que con determinada conducta delictiva se ha generado un producto o ganancia ilícita, o hay una disposición ilícita del derecho a la propiedad, al destinarla o usarla para la ejecución de un acto delictivo. Por ello, la norma penal demanda que la relación entre el bien y el delito se respalde a través de una imputación o declaratoria de responsabilidad penal, lo que obliga a que el comiso dependa de los resultados del proceso penal.

Por el contrario, en la extinción de dominio, a diferencia del comiso penal, la conducta delictiva no constituye su principal fundamento, pues el delito tan solo se valora desde la perspectiva objetiva y general de una actividad ilícita, la cual es

¹⁸⁴ Al respecto, Luz María Puede Alba sintetiza el fundamento del comiso de la siguiente manera: *"En el ordenamiento español podemos distinguir dos tipos diferentes de comiso, en función de los elementos sobre los que recae (art. 127 CPE): el comiso de los efectos e instrumentos procedentes de un delito o falta, y el comiso de las ganancias derivadas de estos últimos. Cada una de las dos modalidades posee un fundamento diferente: la primera forma de comiso se basa en la peligrosidad objetiva de determinados bienes, y la finalidad de su imposición es el deseo de impedir que tales objetos se empleen en la comisión de futuros delitos; el comiso de las ganancias provenientes del delito no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial, conseguido a través de la comisión de un delito."* Puente Aba, Luz María. *El comiso en materia de tráfico de drogas: visión comparada de las regulaciones española y chilena*". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, 2006. Pg. 853).

considerada como uno de los elementos estructurales de las causales o presupuestos de extinción de dominio, pero nunca como su eje principal. Como se mencionó anteriormente, la extinción de dominio se adscribe a otras fuentes jurídicas, prevalentemente de orden constitucional, pues parte del reconocimiento de los límites inmanentes del derecho a la propiedad privada¹⁸⁵ dentro del marco de respeto de los principios y valores ético sociales.

En este sentido, se puede afirmar que la principal base sobre la cual se construye la fundamentación y legitimación de la extinción de dominio, es la consideración del derecho a la propiedad desde su perspectiva constitucional; es decir, aquella adquirida y ejercida con plena observancia y respeto de los principios y valores ético sociales¹⁸⁶. Esta orientación

¹⁸⁵ Sobre el particular, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia de constitucionalidad C-740 de 2003, precisó el fundamento de la extinción de dominio indicando que: *"La propiedad es una función social que implica obligaciones", y en ese sentido, quien ostenta un título válido de propiedad se expone a perderlo si no ejerce su derecho de manera legítima, acorde con el ordenamiento jurídico. En palabras de la Corte Constitucional, "Desde el artículo 1º, está claro que en el nuevo orden constitucional no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues su ejercicio debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales. Pero estas implicaciones se descontextualizan si no se tienen en cuenta los fines anunciados en el artículo 2º y, para el efecto que aquí se persigue, el aseguramiento de la vigencia de un orden justo. En efecto, un orden justo sólo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales."*

¹⁸⁶ Se debe reconocer que fundamentos de legitimación similares vienen siendo adoptados en algunas formas de comiso sin condena, como es el caso del comiso sobre capitales emergentes de la legislación de Costa Rica, sobre el cual, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país señaló lo siguiente: *"En el ordenamiento se parte de que todas las personas tienen derecho a la propiedad y de que nadie puede ser privado arbitrariamente de la misma, pero la posibilidad de que un juez contencioso administrativo declare la pérdida del patrimonio emergente, no desconoce ese derecho, en el tanto los bienes adquiridos con el capital ilícito no adquieren legitimidad ni puede gozar de protección legal. Casualmente el derecho a la propiedad que protege la Constitución y las leyes es en razón de la función social, de orden público y al bienestar general que conlleva ese derecho."* (Expediente 13-007644-0007-CO, del 2 de diciembre de 2015).

constitucional se refleja, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley Modelo de Extinción de Dominio que señala como punto de partida, una concepción filosófica del derecho a la propiedad, al indicar que *“La propiedad privada adquirida legítimamente es un derecho fundamental protegido por la Constitución, la ley y el derecho internacional. Su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de su función social, al orden público y al bienestar general. En consecuencia, este derecho no puede ser reconocido cuando se trate de bienes obtenidos de actividades ilícitas, ni gozarán de protección constitucional ni legal cuando sean destinados a ellas.”*

De ahí que en materia de extinción de dominio no se exige que exista una condena previa, o una imputación penal por una conducta delictiva en particular, pues estos son aspectos de segundo orden. Lo que realmente resulta relevante, es determinar si los derechos sobre el bien son merecedores de la protección constitucional¹⁸⁷, lo cual se logra, en primer lugar, a través de la comprobación de la validez del acto jurídico mediante el cual se adquiere el dominio, es decir, que el derecho sea producto de un acto jurídico lícito, como quiera que el delito no puede ser fuente de derechos; y, en segundo lugar, que el ejercicio del derecho a la propiedad se realice con plena observancia de las obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social que es inherente al derecho a la propiedad privada, es decir, que en el ejercicio de la

¹⁸⁷ Frente a la protección al derecho a la propiedad privada, Alfonso Trilleras destaca que *“... la legitimidad es el factor que contribuye a dar valor agregado al bien adquirido o destinado lícitamente como desarrollo de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho como el trabajo, el orden justo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Por lo tanto, la doble connotación de licitud aplicada a los principios, fines y valores del Estado, autoriza la protección del derecho de propiedad a sus titulares.”* (Trilleras Matoma, Alfonso. La acción de extinción de dominio: autonomía y unidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Universidad Nacional. Bogotá. 2009. Pg. 16)

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

facultad dispositiva que tiene un ciudadano respecto a sus bienes, la utilización o destinación de los mismo, se debe realizar con total respeto de los derechos y bienes jurídicos ajenos.

En otras palabras, la extinción de dominio parte de las exigencias que tiene la constitución y la ley para el reconocimiento de la garantía de protección al derecho a la propiedad privada, razón por la cual, el Estado solo estará obligado a garantizar dicho derecho, en aquellos casos donde la propiedad sobre un bien se ha adquirido lícitamente, a través de un justo título¹⁸⁸, pues de lo contrario, el derecho a la propiedad no logra consolidarse, pues estaría afectado por una nulidad *ad initio*¹⁸⁹. Además, también será objeto de protección constitucional, aquellos bienes cuyo uso, goce, disfrute, usufructo y disposición se ha realizado dentro del marco del respeto de las obligaciones que emanan de la función social que debe cumplir el derecho a la propiedad privada.

¹⁸⁸ Una perspectiva de valoración constitucional del derecho a la propiedad solo puede reconocer como objeto de protección, la propiedad lícitamente adquirida; es decir, aquella adquirida mediante el trabajo lícito, la libre empresa y el respeto del ordenamiento jurídico. Sobre el particular, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-740 de 2002, señaló lo siguiente: “La Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional - dignidad humana y democracia pluralista- sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.”

¹⁸⁹ Sobre el particular, Néstor Armando Novoa, al analizar este concepto dentro del Código de Extinción de Dominio de Colombia (CED), la destaca como una nulidad sustancial que produce sus efectos de pleno derecho y destaca que: “El CED, en su artículo 22, consagró la nulidad *ab initio*, en virtud de la cual una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio, se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad; por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán nulos *ab initio*. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa.” (Novoa Velasquez, Nestor Armando. Nulidades. En “La Extinción de Dominio en Colombia”; UNODC, Bogotá; 2015. Pg. 105)

Por esta razón, todo aquel que adquiere un bien a través de conductas que atentan en contra de la sociedad, lesionando bienes jurídicos, no es digno del reconocimiento de la validez de su derecho, ni mucho menos es merecedor de protección constitucional o legal alguna. De la misma forma, toda propiedad que ha sido adquirida conforme a la ley, pero que es utilizada o destinada por su titular para atentar contra la sociedad o lesionar bienes jurídicos, pierde la protección estatal y acarrea la consecuencia de la pérdida del respectivo derecho, el cual se constituye a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

- **Causales de extinción de dominio**

Las causales o presupuestos de extinción de dominio son el principal eje sobre el cual se estructura la pretensión extintiva, pues consagran los supuestos de hecho que conllevan la correspondiente consecuencia jurídica. Como se mencionó anteriormente, las causales de extinción de dominio son la adaptación de las circunstancias de comiso penal desde una perspectiva *in rem*; o, en palabras de Tomás Gálvez y Walter Delgado, constituyen “*todos los bienes o activos que puedan ser materia de decomiso*”¹⁹⁰, como quiera que consagra los mismos presupuestos fácticos de las principales formas de comiso, pero prescindiendo del cuestionamiento penal de la conducta, pues aquí lo relevante son las circunstancias ilícitas

¹⁹⁰ Delgado Tovar, Walter Javier; Gálvez Villegas, Tomás Aladino. La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano; Lima. Jurista Editores. 2013. Pg. 149.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

que recaen sobre el bien y no aquellas que comprometen la responsabilidad de su titular.

A través de las causales, la extinción de dominio ha tratado de delimitar técnicamente las distintas circunstancias de comiso, pues en materia penal, se suelen describir las formas de comiso a través de términos sinónimos, los cuales, al ser estructurados desde una perspectiva *in rem*, permiten definir algunas diferencias y límites entre ellos. Por esta razón, las descripciones de producto, efectos, objeto, ganancia, instrumentos, medios, etc., que en materia de comiso forman parte de la riqueza descriptiva que demanda una norma penal, en la extinción de dominio se acoge con una redacción despersonalizada como proposiciones jurídicas independientes y se le dota de una estructura simple, teniendo, en primer lugar, a los bienes; luego, a la circunstancia ilícita (producto, objeto, medio, instrumento, equivalente, etc.); y, por último, a la actividad ilícita, como sus elementos estructurales. En otras palabras, las causales de extinción de dominio cumplen la misma función que ejerce el tipo en el derecho penal; de ahí que constituyen el principal referente mediante el cual se concreta el principio de legalidad¹⁹¹.

Al igual que el comiso penal, los criterios básicos de valoración de las causales de extinción de dominio, también hacen

¹⁹¹ Frente a este aspecto, Jorge Pardo resalta como las causales se rigen por un criterio de taxatividad como concreción del principio de legalidad. Sobre el particular señala: "Así mismo, debe tenerse en cuenta que la extinción de dominio se rige por el principio de la taxatividad, en el entendido de que si bien a esta no le son aplicables las garantías del proceso penal como se ha venido indicando, pero no es ajena a la observancia del debido proceso como derecho fundamental de rango constitucional, por lo tanto le es predicable el principio de legalidad, en el sentido de que la declaratoria extintiva únicamente procede por las causales y las actividades ilícitas previstas en la ley. Conclusión a la cual se arriba a partir de lo desarrollado por la jurisprudencia." (Pardo Ardila, Jorge Enrique. Tesis. La extinción de dominio, partes y tercería; Universidad Externado de Colombia. 2013. Pg. 66)

relación al origen o la destinación ilícita del bien, reconociendo estos criterios como las causales básicas de extinción de dominio¹⁹², que como se explicó anteriormente, tienen cada una un fundamento de legitimación diferente. Sin embargo, cada Estado, de acuerdo con la libertad de configuración legislativa, define cuales circunstancias acoge como causales o presupuestos de extinción de dominio; de ahí que, por ejemplo, en Guatemala se hable de doce causales y en México, en su Ley Federal, solo se contemplen cuatro.

Por esta razón, resultan de suma utilidad los esfuerzos internacionales que buscan la homogeneidad de la legislación de los distintos Estados para enfrentar aquellos problemas que resultan comunes, destacándose dentro del contexto Latinoamericano, la antes citada Ley Modelo de Extinción de Dominio que fue promovida por la UNODC, y en la que intervinieron expertos de distintos países de Iberoamérica, que seleccionaron las principales circunstancias de comiso que deberían ser acogidas como causales o presupuestos en una legislación de este tipo, reconociendo en su artículo 6º, las siguientes:

Artículo 6. Presupuestos de la extinción de dominio. La extinción de dominio procederá sobre:

- a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas.
- b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas.

¹⁹² Sobre el particular, Wilson Martínez destaca lo siguiente: "... las causales de extinción de dominio son fundamentalmente dos: a) las que se relacionan con el origen de los bienes, que se fundamentan en el artículo 34 de Constitución Política, y b) las que se relacionan con la destinación de los bienes, que se fundamentan en el artículo 58 de la Carta Política. Por consiguiente, la extinción de dominio procede frente a dos clases de bienes: a) los adquiridos ilícitamente, y b) aquellos adquiridos lícitamente que han sido utilizados de manera contraria a la función social que les corresponde." (Martínez Sánchez, Wilson Alejandro. La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia. En "La Extinción de Dominio en Colombia"; UNODC, Bogotá; 2015. Pg. 10)

- c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas.
- d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
- e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.
- g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
- i. 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.
- j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien.

De otra parte, se debe precisar que las causales de extinción de dominio se suelen limitar, en algunas legislaciones, a las conductas más graves, generalmente, aquellas asociadas con la denominada criminalidad organizada, pues desde su origen, fueron las dificultades que se presentaron en el comiso de bienes comprometidos en este tipo de delitos, las que justificaron su implementación. Sin embargo, el Código de Extinción de Dominio de Colombia extendió la aplicación de la figura a todo tipo de delito, como quiera que parte de un reconocimiento constitucional del instituto frente al cual, no existe en la Carta Política una razón lógica que justifique retirar la protección constitucional en los delitos considerados de mayor gravedad, y mantener dicha protección a los bienes vinculados u originados en un delito común, pues desde la perspectiva constitucional, los dos tipos de bienes deben ser repudiados por igual, ya que

ambas formas de criminalidad, la común y la organizada, no pueden ser toleradas por el ordenamiento jurídico, ya que están en contravía de un orden social justo y desconocen por igual los valores ético sociales imperantes en la sociedad.

- **Características de la acción**

Uno de los aspectos más destacados de la extinción de dominio, es el relacionado con las reglas y principios que son compatibles con su naturaleza jurídica, las cuales se reflejan en las características especiales de la acción extintiva, lo que permite marcar otras diferencias con el comiso penal y superar así la mayoría de sus dificultades. Es por ello que, tanto la jurisprudencia, como la doctrina han reconocido que la acción extintiva no se puede encasillar en ninguna categoría preexistente, pues no se ajusta a una acción civil, ni penal, ni administrativa, pues se trata de una acción especial¹⁹³ o *sui generis*, de carácter jurisdiccional, real, intemporal, autónomo e independiente del proceso penal.

- i. Jurisdiccional

Es una acción jurisdiccional, como quiera que las discusiones sobre la consolidación o validación del derecho a la propiedad privada o la privación de dicho derecho como consecuencia

¹⁹³ Este carácter especial fue reconocido por la doctrina desde sus inicios, como bien resalta Julio Ospino Gutiérrez, que al respecto destacó lo siguiente: *“Por esta razón, es que no podemos pensar que se trata de un proceso civil ordinario, o verbal, o de expropiación o cualquier otro que se nos ocurra como el más cercano a este proceso; sencillamente, es una tramitación especial, con sus propias características y connotaciones como se ha venido explicando; no es dable tampoco pretender una lex tertia, tomando aspectos de aquí y de allá, pues ello, en principio, de una parte repugna a la hermenéutica jurídica, y de otra, lo evidente de su especialidad y autonomía lo impide, tampoco se trata de un proceso penal”* (Ospino Gutiérrez, Julio. La Acción de Extinción de Dominio. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2008. Pg. 53.

*Capítulo incluido dentro de la quinta edición del libro “Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial”, del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Secretaría de Seguridad Multidimensional, de la Organización de Estados Americanos (2017).

de una conducta ilícita que atenta contra normas de orden constitucional, no pueden dejarse a la decisión de una autoridad administrativa, como quiera que dentro del marco de garantías que caracteriza a un Estado Social de Derecho, la discusiones que conlleven el reconocimiento o la limitación intensa de derechos fundamentales¹⁹⁴, solo puede ser producto de una decisión de carácter jurisdiccional, característica que también comparte con el comiso penal, de acuerdo con las razones expuestas anteriormente.

Sobre el particular, resulta útil destacar la posición del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia que declaró inconstitucional una iniciativa gubernamental que pretendía establecer un procedimiento administrativo de Extinción de Dominio, aspecto que fue considerado contrario a los preceptos constitucionales. Los argumentos, fueron los siguientes:

Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso, porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Como se mencionó anteriormente con relación al comiso, en materia de extinción se presenta una afectación intensa de distintos derechos que en la mayoría de países son considerados como fundamentales; como por ejemplo: los derechos a la propiedad, domicilio, trabajo, condición de vida digna, entre otros.

¹⁹⁵ Op. Cit. Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013.

ii. Acción de carácter real

El carácter real de la acción está dado por la definición de su objeto, que son los bienes cuyo origen o destinación ilícita se cuestiona y no la conducta del titular de derechos sobre los mismos¹⁹⁶. Frente a este aspecto, se debe recordar que la extinción de dominio es una forma de comiso que no depende de una condena previa; como tal, la acción real permite perseguir el bien, independientemente de quien ostente la titularidad de los derechos patrimoniales que recaen sobre el mismo; eso sí, salvaguardando siempre los derechos de terceros que actúen de buena fe exenta de culpa.

Sin duda, el carácter *in rem* de la acción, es el que mayor versatilidad le imprime a este instituto, pues como bien señala Guillermo Jorge, “... si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción *in rem*, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera.”¹⁹⁷

¹⁹⁶ Con relación a la precisión del objeto de la acción extintiva, resulta útil la posición constitucional adoptada por los jueces guatemaltecos, que sobre el particular han indicado lo siguiente: “... cabe destacar en principio que el proceso de Extinción de Dominio, es un proceso instituido única y exclusivamente para juzgar la licitud o ilicitud del origen de un bien, o en todo caso, determinar si dicho bien a pesar de tener un origen lícito, ha sido destinado para un fin ilícito, en todo caso, ya sea que la discusión del asunto discorra en uno u otro sentido, es claro que estamos en este proceso, ante el juzgamiento de la situación jurídica de “bienes” y no de “personas”, en tal razón, no cabe en este caso hablar de “Violación del principio constitucional de Presunción de Inocencia”, ya que este principio es únicamente inherente a personas y no a bienes, ya que el bien no puede ser “culpable” o “inocente”, el bien tiene un estatus jurídico de “lícito” o “ilícito” y es precisamente ese estado jurídico lo que se entra a discutir en el proceso de Extinción de Dominio. (Acción de inconstitucionalidad causa: 01077-2011-00932; 13 de marzo de 2012. Juzgado de Extinción de Dominio)

¹⁹⁷ Jorge, Guillermo. Op. cit. Pg. 72.

iii. Intemporal

Una de sus características más distintiva, pero controvertida a la vez, es la intemporalidad de la acción, que permite considerar que la acción de extinción de dominio es imprescriptible y retrospectiva; parte de la idea que lo que tienen origen espurio no se puede legitimar con el transcurso del tiempo. Al respecto, Wilson Martínez, destaca el fundamento de la intemporalidad de la acción en los siguientes términos:

Esta intemporalidad de la extinción de dominio es perfectamente coherente con su naturaleza, puesto que si se limitara en el tiempo la posibilidad de declararla, ello sería equivalente a habilitar un mecanismo legal para subvertir el origen o destinación ilícita de los bienes, y revestir de legalidad algo que nunca lo tuvo o que lo perdió. En otras palabras, sería el equivalente a crear un mecanismo legal de "lavado de activos", para que los delincuentes pudieran revestir de legalidad sus enormes fortunas mal habidas. Mecanismo con el cual se desestimularía en gran medida el trabajo honrado como fuente de riqueza y progreso social, en contravía de los valores que la Constitución Política le impone al Estado proteger y realizar.¹⁹⁸

Con relación a la retrospectividad, es decir, a la posibilidad de aplicar la acción a situaciones anteriores a la expedición de las leyes extintivas, se destaca que esta característica no es efecto de su descripción normativa, sino que es un atributo que es expresión de su misma naturaleza, como quiera que la extinción de dominio parte del cuestionamiento de la validez del acto jurídico que genera el derecho; es decir, permite cuestionar el derecho patrimonial desde su nacimiento, aspecto que no es un asunto novedoso dentro del ordenamiento jurídico, pues hace relación a una consideración jurídica sobre la invalidez de un derecho que es producto de un delito, tema que por tradición

¹⁹⁸ Martínez, Wilson Alejandro. Op.cit. pg. 12.

siempre había sido debatido ante la jurisdicción civil¹⁹⁹, pero por razones constitucionales de seguridad o de orden público, se ha trasladado al escenario de la extinción de dominio, pues son razones de interés general las que obligan a superar los límites temporales en esta acción patrimonial.

Frente a su carácter de imprescriptible, se debe precisar que no se trata de un asunto exclusivo de la extinción de dominio, pues incluso este atributo también ha sido considerado por la literatura especializada, como predicable al comiso penal. Al respecto, Tomás Gálvez destaca lo siguiente:

Al tratarse de una pretensión legítima del Estado sobre la *propiedad* de los efectos y ganancias del delito, la pretensión de decomiso no debería quedar sujeta a un plazo de prescripción o caducidad, por el contrario, estando a lo dispuesto por el artículo 927° del Código Civil, la acción de decomiso debería considerarse imprescriptible; pues, es criterio casi unánime de nuestra tradición jurídica que el agente del delito no se beneficie con la prescripción adquisitiva, pues esta favorece a los poseedores que no tienen título por alguna razón, pero no a los agentes que contravienen dolosamente el ordenamiento jurídico, sobre todo, las normas jurídico penales.²⁰⁰

iv. Autonomía e independencia

¹⁹⁹ Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana, destaca esta característica al indicar que *“No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que ya el ordenamiento jurídico imponía, desde el momento en que se produjo la adquisición de la propiedad y que, por tanto, era suficientemente conocida por los infractores: la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse.*

Mediante las disposiciones de esta Ley no se hace nada distinto de afirmar el mecanismo institucional para deducir la consecuencia de la señalada premisa: la entrega al Estado de unos bienes que nunca fueron de la legítima propiedad de quienes decían ser sus dueños.” (Sentencia C-374 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

²⁰⁰ Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Op. cit. Pg. 109.

El carácter autónomo de la acción se predica de su total liberación del rito penal, pues a diferencia de otras formas de comiso sin condena, la extinción de dominio no requiere de la preexistencia de un proceso penal o de cualquier otra acción sancionatoria, puesto que tiene su propio objeto, fines y presupuestos, y se vale generalmente, de sus propias pruebas. De la misma forma, se predica que la acción de extinción de dominio es independiente de la responsabilidad penal²⁰¹, pues para su reconocimiento no requiere que el titular de derechos sobre el bien pretendido haya sido condenado o, por lo menos investigado a través de alguna otra acción, ya sea penal o administrativa.

De las anteriores características deriva la propensión de desarrollar todo un cuerpo normativo para definir el objeto, límites y alcances de la acción extintiva, como ha sido la tendencia en los países donde se ha adoptado esta figura jurídica, primero, a través de leyes especiales de extinción de dominio y, recientemente, a través de un estatuto integral, como sucede con el Código de Extinción de Dominio de Colombia, que a su vez sienta las bases para una jurisdicción de extinción de dominio, con jueces y tribunales especializados en el tema.

De la autonomía e independencia de la acción de extinción de dominio se derivan otra serie de características y disposiciones que permiten considerar como incompatibles varios principios y garantías del derecho penal, y adoptar en su lugar, otros distintos que definen un debido proceso acorde con la naturaleza jurídica de esta acción patrimonial. Se hace relación

²⁰¹ Frente a este atributo, cabe destacar que la Corte Constitucional colombiana describe la independencia de la acción, indicando que *"Es una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público."* (Sentencia C-740 de 2003; M.P. Jorge Córdoba Triviño)

por ejemplo, a principios como la presunción de inocencia, pues en materia de extinción de dominio no se cuestiona la responsabilidad de ningún titular de derechos; en cambio, sí resulta admisible la presunción de buena fe, la cual se examina desde una perspectiva objetiva y verificable, es decir, de la buena fe exenta culpa; lo mismo sucede con el principio de *in dubio pro reo*, como quiera que en extinción de dominio no hay “reo” y se define un régimen probatorio caracterizado por un manejo flexible de la carga de la prueba, prevaleciendo el estándar probatorio del balance de probabilidades, admitiendo la posibilidad de acudir a los criterios de solidaridad probatoria o del manejo de una carga dinámica de la prueba; además, la acción considera la buena fe como el parámetro subjetivo prevalente; y, define la pretensión a través de una sentencia de carácter declarativo y no de condena.

Se puede concluir por tanto, que la extinción de dominio no es una nueva figura jurídica que entra a desplazar el comiso penal, sino que responde a una escala más dentro de su proceso evolutivo en procura de mejorar su efectividad, lo cual se logra a través de una total reinversión del instituto, no solo a partir de sus aspectos sustanciales, por medio del reconocimiento de fundamentos de legitimación de orden constitucional, sino también, desde una perspectiva procesal diferente, a través del diseño de una acción eficaz y eficiente que permite superar los inconvenientes que limitan el alcance del comiso dentro del proceso penal, pero consagrando garantías más efectivas para los afectados, quienes pueden ejercer sus derechos de contradicción, oposición y defensa directamente, como sujetos procesales; es decir, como el extremo pasivo de la relación procesal, y no, como los “incomodos” terceros extraños a la pretensión principal del proceso penal.