



UAI

**Universidad Abierta
Interamericana**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ABOGACIA



**REGIMEN DE
EXTINCION DE
DOMINIO EN
ARGENTINA**

TRABAJO FINAL DE CARRERA

ALUMNO: QUINTANA MARTA NATALIA

TUTOR: DR. GABRIEL GONZALEZ DA SILVA

CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, 03 DE AGOSTO DEL 2020

INDICE

Resumen	
Palabras Claves	
Justificación del Tema	
Objetivos	
Hipótesis	
Metodología	
Introducción.....	09

PARTE I

CAPITULO I

EXTINCION DE DOMINIO, NUEVA HERRAMIENTA JURIDICA PARA EL RECUPERO DE ACTIVOS

1. Nociones Generales.....	12
A) ¿Qué es la extinción de dominio?.....	12
B) ¿Cuáles son sus antecedentes?.....	13
C) ¿Está dentro del ámbito de materia penal o civil?.....	15
D) ¿Sobre qué hechos y bienes se aplica?.....	16
2. Características.....	17
3. Principios.....	18

CAPITULO II

JUSTIFICACION DE LA CREACION DEL REGIMEN DE EXTINCION DE DOMINIO

1. Delitos Graves que Impactan sobre el País.....	20
A) ¿Qué consecuencias generan?.....	24
B) ¿Argentina corrupta?.....	26
2. Aportes de las Normas Internacionales.....	30

A) Ley modelo sobre extinción de dominio de la ONU.....	32
B) Los organismos de Derechos Humanos.....	34

CAPITULO III

TRANSICION HACIA LA EXTINCION DE DOMINIO EN AMERICALATINA

1. Instituto de Extinción de Dominio.....	36
A) Modelo colombiano.....	36
B) Modelo mexicano.....	39
C) Modelo peruano.....	41
D) Modelo guatemalteco.....	43

CAPITULO IV

INSTITUTOS JURIDICOS QUE SUPONEN LA PERDIDA DE DOMINIO

1. Decomiso.....	48
2. Expropiación.....	51
3. Confiscación.....	53
4. Ley del Arrepentido.....	53
A) Colaborador premiado en Brasil.....	55

PARTE II

CAPITULO I

ANALISIS DE LA ACCION CIVIL DE EXTINCION DE DOMINIO EN ARGENTINA

1. Objetivo.....	60
2. Naturaleza Jurídica.....	62
3. Competencia.....	63
4. Investigación, Identificación y Localización de Bienes.....	63
5. Partes Afectadas.....	64
6. Bienes Incluidos.....	66
7. Procedencia – Delitos.....	68
8. Medidas Cautelares.....	71

9.	Demanda y Sentencia.....	73
10.	Etapa Probatoria.....	74
11.	Destino de los Bienes.....	76
12.	Prescripción.....	77
13.	Programas de Colaboración.....	78
14.	Principios.....	78
15.	La Investigación de la Extinción de Dominio a la Normativa Argentina.....	81

PARTE III

CAPITULO I

DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA EXTINCION DE DOMINIO

1.	Derecho a la Propiedad Privada.....	84
2.	Terceros Adquirientes de Buena Fe.....	87
3.	Presunción de Inocencia.....	93
4.	Derecho de Defensa y el Debido Proceso.....	96
	A) Derecho a ser oído, plazo razonable y juez o tribunal competente, independiente e imparcial.....	98
	B) Derecho a que se presuma la inocencia.....	99
	C) Confesión sin coacción.....	100
	D) No podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.....	100
	E) Proceso publico.....	100
5.	Prescripción y Retroactividad de la Extinción de Dominio.....	101
6.	La Seguridad Jurídica.....	105

PARTE IV

CAPITULO I

LA LUCHA POR IMPLANTAR LA EXTINCION DE DOMINIO

1.	El Debate del Congreso.....	109
----	------------------------------------	------------

A) Senadores a favor del proyecto 2018.....	110
B) Senadores a favor del proyecto 2016.....	112
2. El Decreto de Necesidad y Urgencia.....	114
3. Ministerio Publico Fiscal de la Nación c/Loza, José Gonzalo y Otros s/Sumarísimo.....	117
Consideraciones Finales.....	120
Resultado de Hipótesis del Trabajo Final de Carrera.....	128
Conclusión.....	130
Bibliografía.....	133

Resumen

En enero del 2019 se crea mediante el decreto n° 62/2019 el “Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio”, indicándose como primer abordaje, su dirección hacia la lucha contra el crimen organizado y recuperación de cualquier objeto que haya sido propósito de un ilícito.

En otros países de latinoamericana también se han puesto en marcha la aplicación de la normativa de extinción de dominio, como lo es en México, Perú, Colombia, Guatemala, etc.

Esta ley debe ser cuidadosamente estudiada, de forma crítica y responsable, con la importancia que implica defender los derechos de los ciudadanos que podrían verse afectados en gran medida.

Por otro lado, voy a resaltar que en la legislación Argentina existen figuras jurídicas similares a la extinción de dominio, como lo es el decomiso (art. 23 del Código Penal de la Nación), esto no implica que sean idénticas, de hecho tiene diferencias importantes.

Asimismo tenemos otros temas relevantes que deben ser analizados a fin de resguardar las garantías constitucionales, temas de preocupación como la prescripción, derechos de terceros adquirentes de buena fe, seguridad jurídica, principio de inocencia, etc.

Palabras claves

Dominio, extinción, régimen, ilícito, seguridad jurídica, corrupción, garantías constitucionales, Derechos.

Justificación del tema

El proyecto de ley de Extinción de Dominio se estuvo trabajando en el congreso desde 2016, y se termina convirtiendo en un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) por decisión del ex presidente Mauricio Macri en 2019.

Es una acción civil de carácter patrimonial, que basándose en una sospecha sobre la comisión de un delito grave el Estado cuestiona la titularidad de un bien o bienes que se consideren que no corresponde razonablemente con los ingresos de su tenedor, poseedor o titular.

Como bien se lee para corresponder a la extinción de dominio se basta con “sospechas” sin necesidad de tener una sentencia firme. Si pensamos en nuestras normativas, encontramos en el Código Penal artículo 23 la opción de adoptar medidas cautelares, como el decomiso de bienes, desde el inicio de las actuaciones, no exige sospechas ni indagatorias y la jurisprudencia así lo demuestra.¹

Ahora bien volviendo al primer párrafo, existen un par de planteamientos sobre el DNU, primero ¿había un estado de necesidad y urgencia, dentro de los términos que exige el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional?, segundo, ¿se está cumpliendo con la prohibición expresa de este artículo, sobre no dictar DNU en materia penal?

Otro aspecto del decreto que merece un análisis es la prescripción, la acción de extinción tiene un plazo de 20 años y el plazo corre desde que los bienes ingresan al patrimonio y si no se puede determinar, desde la fecha del presunto delito. Entonces, ¿se aplica a los bienes adquiridos desde la vigencia de la ley hasta 20 años próximos o se aplica a los bienes adquiridos en los últimos 20 años atrás?, el decreto no expresa que se realice de forma retroactiva y el artículo 7 del Código Civil y Comercial establece que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo disposición en contrario y aun así no deberían afectar derechos constitucionales.

Así mismo, en el anexo artículo 10 del DNU refiere a la etapa probatoria. *“La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido”*. La carga probatoria no está a cargo del fiscal quien debería demostrar el origen ilícito de las cosas, sino del tenedor, poseedor o

¹“En consecuencia, toda vez que la motocicleta cuya restitución demanda el condenado, fue utilizada para desplazarse del lugar de los hechos, de modo tal de facilitar la fuga, entendemos que el vehículo en cuestión queda comprendido dentro del concepto de instrumentos empleados para la comisión del delito, que el artículo 23 del Código Penal autoriza a comisar, tal como acertadamente lo resolvieron los magistrados de la instancia anterior, cuyos fundamentos, si bien breves, resultan suficientes para dar por cumplido el requisito de motivación previsto en el art. 123 del ritual” Causa N° 836/2013 – Sala III “STARKMAN, Fabián Adolfo s/recurso de casación”

titular de demostrar que el origen es lícito. ¿Sería este el caso de, se es culpable hasta que se demuestre lo contrario?

Al leer el decreto estas fueron algunas de las tantas preguntas que me hice, y considero más que necesario analizar el DNU n° 62/2019 para llegar a respuestas fundamentadas en base a leyes, jurisprudencia y doctrina; dejando de lado, ya que no es de interés para este trabajo, emitir opiniones de política partidaria.

Aliviar las cargas fiscales mediante los activos robados, es una justificación más que razonable para actuar, pero el asunto es la forma en que se actúa y la dirección que se toma para llegar al fin. Es indispensable accionar con el cuidado necesario en concordancia con nuestra ley suprema, el debido proceso y el resguardo a las autonomías individuales. Evitando las leyes que desconocen nuestros derechos o los minimicen, porque lo único que se lograra será degenerar en una ley injusta, y no existe mayor amenaza contra la vida, la libertad y la propiedad que ese tipo de leyes.

Objetivos

General: analizar la figura de extinción de dominio, sus características, naturaleza, forma de aplicación en el tiempo y los derechos que pueden verse afectados o no.

Específicos:

1. Analizar la extinción de dominio y las críticas que posee por parte de sus detractores y los beneficios planteados por parte de sus impulsores.
2. Abordar las similitudes y diferencias de la extinción de dominio con otras figuras jurídicas existentes.
3. Brindar una idea clara sobre cómo funciona la extinción de dominio en otros países.
4. Estudiar la perturbación que podría ocasionar o no en los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, principio de inocencia, debido proceso.
5. Identificar si se genera o no inseguridad jurídica al tener una prescripción extensa de 20 años.
6. Mostrar la importancia del apoyo de los organismos internacionales, a fin de atacar el crecimiento de la delincuencia organizada.

Hipótesis

La hipótesis planteada es: la acción civil de extinción de dominio afecta derechos fundamentales al relativizar garantías durante el proceso, generando además inseguridad jurídica por tener un plazo extenso de prescripción.

Metodología

La metodología a utilizar es el método analítico, ya que se abordará la figura de extinción de dominio en profundidad. Para ello se realizará un análisis académico exhaustivo en la recopilación de doctrina, jurisprudencia, bibliografía, normativa a nivel nacional como internacional.

Al ser un tema nuevo dentro de la normativa Argentina hay poco tratamiento en doctrina local.

Este trabajo abordará el tema teniendo en cuenta la situación actual de la Argentina, con el fin dar una conclusión meramente objetiva.

Las fuentes de información consultadas serán: libros, revistas jurídicas, leyes, proyectos de leyes, fallos, convenciones internacionales, etc.

INTRODUCCIÓN

Argentina al igual que muchos países de América Latina sufre delitos de corrupción que afectan el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas, como así también el incremento de organizaciones criminales de narcotráfico, trata de personas, terrorismo y demás delitos graves. Todo ello conlleva a que en el estado argentino se generen enormes pérdidas patrimoniales.

Ningún país democrático puede ser indiferente a esta situación, Argentina ha ratificado varios tratados internacionales como la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención Interamericana Contra el Terrorismo, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, y la Convención Interamericana Contra la Corrupción. La ratificación de estos instrumentos internacionales ha tenido como consecuencia la creación y aprobación de diferentes leyes en nuestro país con la finalidad de cumplir con las exigencias de los convenios.

La solución encontrada a estos fenómenos sociales es atacar al patrimonio de la persona o personas delictivas, esto no es nuevo dentro del derecho penal ya que hace tiempo cuenta con instrumentos para perseguir los bienes que son productos de un ilícito. La novedad radica en la extinción de dominio sin condena previa.

Para un mejor desarrollo del tema dividí el trabajo en cuatro partes, en la primera de ellas se expondrá un análisis de la extinción de dominio como nueva herramienta jurídica para el recupero de activo, explorando significado, antecedentes, naturaleza jurídica, presupuestos, características y principios. Así mismo, en el capítulo dos de esta parte se identificara los delitos graves que impactan sobre la Argentina, como una de las justificaciones para implementar la acción civil de extinción de dominio, y el aporte de las normas internacionales para lograr instrumentos de estándares internacionales y de cooperación de lucha contra la corrupción; también se pretende en el capítulo tres de esta parte del trabajo mostrar el despliegue del instituto de extinción de dominio en los países latinoamericanos; concluyendo la primer parte con el capítulo cuatro y el desarrollo de institutos jurídicos que suponen la pérdida de dominio, como lo es el decomiso, la expropiación y la confiscación, como así también la “ley del arrepentido” y su efectividad en Brasil.

La parte II está destinada al estudio más exhaustivo de la acción de extinción de dominio en Argentina, objetivos, naturaleza jurídica, competencia, presupuestos, partes afectadas, bienes incluidos, procedencia, medidas cautelares, sentencia y su integración a la normativa interna.

La tercer parte de este trabajo tiene como objetivo el análisis de los Derechos del hombre que podrían ser afectados en una sentencia de extinción de dominio: derecho a la propiedad, terceros adquirentes de buena fe, presunción de inocencia, derecho de defensa y debido proceso, la prescripción y la seguridad jurídica.

En la última parte del trabajo, parte IV se dará una visión de lo que fue el debate en el Senado sobre el proyecto de la ley de extinción de dominio en 2018, el cual, como es de público conocimiento no se termina aprobando en ley y se convierte en un DNU en 2019, lo cual a mi parecer, y tratare de demostrarlo en el trabajo, debilita a un Estado en democracia.

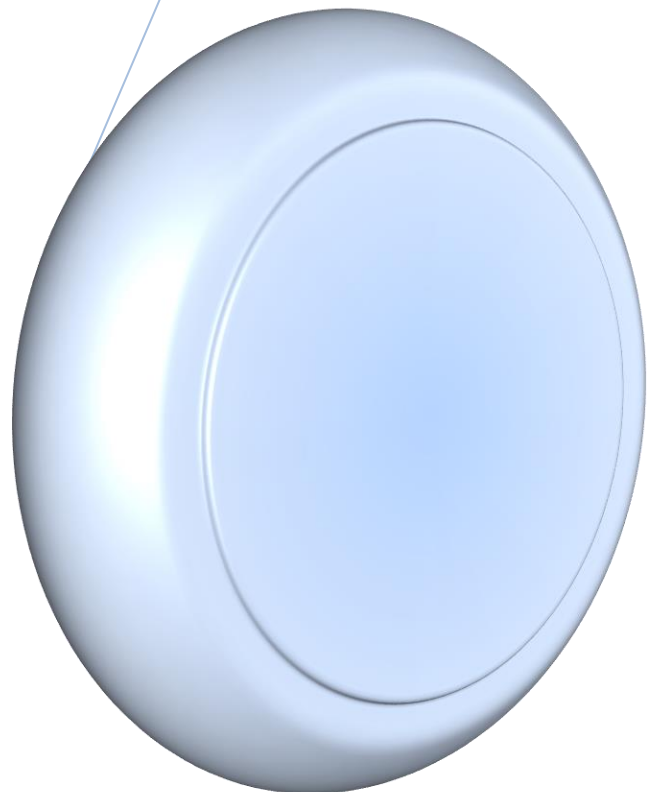
Culminado el presente, se encuentran las consideraciones finales con respuestas a las preguntas que fueron apareciendo en el desarrollo del tema estudiando. Resolución de hipótesis y conclusión a fin de comprobar si en el presente trabajo final de carrera, se lograron responder a todas las incertidumbres que fueron el impulso de su creación.



PARTE I

"El único propósito correcto, moral, de un gobierno es la protección de los derechos del hombre, y esto significa protegerlo de la violencia física, proteger su derecho a la vida, la libertad, la propiedad privada y a la prosecución de su felicidad. Sin derechos de propiedad ningún otro derecho es posible."

Ayn Rand, filósofa y escritora



CAPITULO I

EXTINCION DE DOMINIO, NUEVA HERRAMIENTA JURIDICA PARA EL RECUPERO DE ACTIVOS

1. NOCIONES GENERALES

La criminalidad organizada constituye un grave problema social, no solo por los actos violentos sino también por el perjuicio al bien común. Las respuestas tradicionales como las penas privativas de libertad y multas no han tenido demasiada eficacia, es por ello que se pensó en una herramienta para actuar decididamente contra los bienes y no solo contra las personas.

La extinción de dominio es un instrumento mediante el cual el Estado puede perseguir los bienes considerados de origen ilícito de una persona, pudiendo ser dinero u otros bienes de carácter pecuniario como automóviles, casas, etc.

Encontramos entonces los siguientes elementos en la extinción de dominio: 1) la pérdida de derechos; 2) los bienes pueden ser muebles e inmuebles que se obtuvieron o utilizan en la comisión de delitos; 3) y la pérdida del derecho a recibir contraprestación o compensación alguna para el dueño, titular o afectado por la declaración de extinción de dominio.

Si bien en el código Penal existe el decomiso, esta figura se aplica una vez que el imputado es condenado. Mientras que en la extinción de dominio el Estado puede recuperar los bienes antes de que exista una condena.

A. *¿QUE ES LA EXTINCION DE DOMINIO?*

Es el instrumento jurídico por el cual una persona puede perder el derecho de propiedad sobre bienes de origen ilícito o usado para cometer hechos ilícitos, estos bienes pasan a poder del Estado, mediante sentencia de autoridad judicial, sin ningún tipo de compensación al respecto.

Para un mejor entendimiento, analicemos las dos palabras claves que aparecen cada vez que leemos definiciones sobre extinción de dominio, que es propiedad y dominio.

Para Freitas, entre propiedad y dominio hay una relación de genero a especie. Propiedad es todo derecho adquirido susceptible de apreciación pecuniaria, es todo bien integrante del patrimonio. Dominio es el derecho de propiedad que recae sobre cosas, es decir, sobre objetos materiales, con la mayor amplitud posible.²

Nuestra constitución al garantizar el derecho de usar y disponer de la propiedad (art.14) y su inviolabilidad (art 17) utiliza el término propiedad de forma amplia comprendiendo no solo del dominio, sino todos los derechos de contenido patrimonial reales y personales.

El Código Civil y Comercial de la Nación define en el art. 1941 como “dominio perfecto, es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”. En términos de Savigny: es el derecho de hacer de una cosa lo que se quiere.³

B. ¿CUALES SON SUS ANTECEDENTES?

La extinción de dominio se presenta como una tendencia a la pérdida de dominio, sea por consecuencia directa o indirecta por una conducta ilícita. Lo cierto es que desde hace tiempo, anteriores al Preclásico Romano, si un individuo cometía un acto de rebeldía o traición enfrentaba entre otros castigos la “conficatio” que era el acto que implicaba privar a un particular de la totalidad de sus bienes, para incorporarlos a las arcas del tesoro real.

Jorge Escola⁴ explica que la confiscación es el apoderamiento de todos los bienes de una persona, o de una parte sustancial o importante de ellos, los que, en virtud del acto de confiscación pasan a poder de quien los realiza, por lo general del Estado, sin ningún tipo de compensación o indemnización, y concluye que en todos los casos aparece como algo ilícito, contrario y no fundado en la ley.

² Conf. Freitas, nota al art. 19 del “Esboco”

³ Savigny, “Traité de la Possession en Droit Romain”, 7^o, ed. Bruxelles, 1866, pág. 7.

⁴ Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, 1984, (Vol. II) Ediciones De Palma, Bs. Aires.

En algunos casos, cuando se ocasionaba delitos de alta traición, “el decomiso era una de las consecuencias de la pena de “degradación cívica”, que implicaba la pérdida de todos los derechos civiles, incluyendo el de propiedad”⁵. Lo que conlleva a una muerte civil y política; condenado a la pena de la confiscación de sus bienes.

Finalmente, la confiscación fue prohibida fundamentando que la protección del derecho a la propiedad era superior al Estado, a partir de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, uno de los documentos fundamentales de la revolución francesa.⁶

Esta figura jurídica queda borrada para siempre del Código Penal argentino, tal cual lo dicta el art. 17 de la Constitución Nacional. Motivada por el abuso de la pena de confiscación de bienes aplicadas en la época de Juan Manuel de Rosas, que recaía sobre los delincuentes, pero también con mayor frecuencia sobre los inocentes.

La noción que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas. Ante esto, y de forma más reciente, la Argentina utiliza la figura del “decomiso” regulado por el Código Penal art. 23, constituye una “limitación a la propiedad privada en interés público”. Tal es su naturaleza jurídica.⁷

Podemos definir al decomiso como una medida adaptada por la autoridad estatal que priva un bien con carácter definitivo. A diferencia de la expropiación, esta medida es aplicada sin que el afectado tenga derecho a percibir un resarcimiento.⁸

Hay que distinguir el decomiso de la confiscación, el decomiso tiene carácter objetivo, especial e individual y la confiscación es de carácter general además de estar prohibida por ley. Además el decomiso tiene efectos disuasivos y preventivos, cuando un potencial delincuente quiera cometer un delito tiene el riesgo concreto de perder esa ganancia o provecho producto de la comisión del delito.

⁵ Guillermo Jorge [et al]; dirigido por Guillermo Jorge, Recuperación de Activos de la Corrupción, (Argentina, Buenos Aires, Editores del Puerto SRL, 2008), pág. 67

⁶ Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>

⁷ Marienhoff, Miguel. S., Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966, pág. 491

⁸ Freedman, Diego., “El decomiso del producto del delito en la Argentina”, en Guillermo Jorge et al., Recuperación de activos de la corrupción, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pag.321.

Tradicionalmente se consideraba que para proceder al decomiso era necesario obtener una sentencia penal condenatoria. A partir de la sanción de la ley 26683 del año 2011, se modifica esta situación para ciertos delitos complejos como los regulados bajo el nombre de “Delitos contra el orden económico y financiero” título XIII CPN. Estableciendo que “...serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiera podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.”⁹ Esta ley se expande al castigo directo hacia el patrimonio de los actores y/o cómplices de los delitos complejos como el crimen organizado.

C. ¿ESTA DENTRO DEL AMBITO DE MATERIAL PENAL O CIVIL?

Para comprender la extinción de dominio se debe analizar la naturaleza jurídica. Si pensamos en materia penal, pensamos necesariamente en la utilidad de la pena. Guillermo Cabanellas define a la pena como una “sanción previamente establecida en la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados”.¹⁰

Según art. 2º de la Ley Modelo de la ONU, la extinción de dominio “es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas”, entonces no es una sanción para el delincuente; la finalidad real de este instituto no es que el autor del hecho se arrepienta del hecho delictivo tipificado en la ley penal, sino que se procura evitar la continuidad del delito y el enriquecimiento ilícito.

Sigue indicando el artículo “es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes”, es decir que no se dirige contra las personas para sancionarlas penalmente ni reclamarle responsabilidades, pues esto pertenece al ámbito de materia penal, esta acción se dirige exclusivamente contra los bienes ilícitos o utilizados para cometer hechos ilícitos.

⁹ Ley 26683. Modificación del Código Penal Argentino. Artículo 6º

¹⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Decimosexta Edición, Buenos Aires. Argentina, Editorial Heliasta, Tomo II, año 1981.

Pero esta acción real, precisa de una investigación de carácter penal, por ello, autores como Tobar Torres lo consideran un híbrido jurídico, señalando que la extinción de dominio se vincula a la acción civil como a la acción penal: “Como se observa, dada su especial naturaleza, la acción de extinción de dominio se somete a fines y características muy particulares, y por ende, no puede asimilarse de lleno a una acción penal o civil, pese a que tenga elementos de contacto con una y otra. Por el objeto sobre el cual recae (el bien y el derecho de dominio) se aproxima al campo civil, por sus causas y su finalidad (perseguir los bienes obtenidos ilícitamente, perjuicio del tesoro público) tiene puntos de encuentro con lo penal”¹¹

Por último el artículo 2º concluye con “se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso”, lo que esto significa en síntesis es que la existencia y decisión del proceso penal no influye en la existencia y decisión de la extinción de dominio.

Otro aspecto a notar es que la pérdida del dominio es declarada por sentencia, es decir que no es una sanción penal ni accesoria del derecho civil por un delito, sino más bien es la extinción del dominio por medio de una sentencia declarativa, independiente de la existencia o no del delito.

D. *¿SOBRE QUE HECHOS Y BIENES SE APLICA?*

Como se marcó anteriormente, la extinción de dominio es de carácter patrimonial, entonces recae sobre los bienes y no sobre los hechos. Lo que sí se toma en cuenta es la forma en que fueron obtenidos esos bienes y su utilización.

La lista taxativa dependerá del país que lo aplique, así que para ejemplificar se tomara la Ley de Modelo de Extinción de Dominio creada por la ONU para Latinoamérica.

No obstante a esto, todos los países que utilizan este instituto tienen como finalidad en común que es una herramienta dirigida contra bienes de origen o disposición ilícita.

¹¹ Tobar, J. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14(26), año 2014. pág. 17-38

Como primera definición de la ley modelo está la actividad ilícita, indicada 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”. Art. 1º.

Siguiendo la ley, se podría decir que la extinción de dominio procederá sobre los siguientes supuestos, art. 6º:

- 1) Producto de actividades ilícitas.
- 2) Instrumentos de actividades ilícitas.
- 3) Objeto material de actividades ilícitas.
- 4) Proviengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
- 5) De origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- 6) De origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.
- 7) Constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- 8) Constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
- 9) 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.
- 10) 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.

2. CARACTERÍSTICAS

La extinción de dominio presenta características que la diferencian de cualquier otra acción, estas características pueden estar o no presente dependiendo de cada país. Vamos a nombrar a continuación las principales.

- Jurisdiccional: la autoridad de juzgar no puede ser ejercida por cualquier persona, debe recaer en un funcionario con facultades jurisdiccionales para ello, es decir órganos competentes para conocer de la acción de extinción de dominio.
- Real: al nombrar este derecho, que deriva del poder jurídico de las personas sobre las cosas, no solo hace referencia al domino, sino también a todos los demás derechos reales (condominio, propiedad horizontal, tiempo compartido, superficie, cementerio privado, usufructo, uso, habitación, servidumbre, anticresis, prenda e hipoteca)
- Extraterritorial: el alcance de esta característica permite la persecución de bienes en el extranjero, y en el caso de sentencia extranjera la posibilidad de perseguir bienes en el territorio nacional.
- Autónoma: lo que significa es que la extinción de dominio se planteara por separado de cualquier otro proceso que se esté llevando a cabo.
- Independiente: se considera así porque es independiente de la pena, como de cualquier otra declaratoria de responsabilidad, como así también independiente de quien este ejerciendo la posesión sobre los bienes que recaen en extinción de domino, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.
- Patrimonial: afecta la órbita patrimonial del afectado, no su responsabilidad.
- Imprescriptible: se basa esta característica en que los bienes no pueden sanear su ilicitud con el tiempo, menos aún el Estado dejar de perseguirlos.

3. PRINCIPIOS

La extinción de dominio cuenta con dos principios esenciales que la rigen, siendo:

Principio de Nulidad Ab Initio: según este principio la adquisición de un bien o constitución de un patrimonio de origen ilícito o delictivo, no puede tener una vida jurídica, por no constituir justo título son nulos desde su origen.

Cabanellas expone: “Dentro de la técnica jurídica, nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia la voluntad y la observancia de las formas prescriptas para el acto. Puede resultar también de una ley.

Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos”.¹²

Principio de Prevalencia: este principio puede contradecir el principio de supremacía constitucional, ya que dispone que se aplicara y se interpretara de preferencia sobre cualquier otra ley incluso sobre la constitución.

¹² Ver Cabanellas, Guillermo ob. cit.

CAPITULO II

JUSTIFICACION DE LA CREACION DEL REGIMEN DE EXTINCION DE DOMINIO

1. DELITOS GRAVES QUE IMPACTAN SOBRE EL PAIS.

Latinoamérica enfrenta graves problemas de diversa índole, entre los que se encuentra la violencia generalizada, el narcotráfico, la corrupción, la trata de personas entre otros tantos delitos que tienen como denominador común la obtención de beneficios económicos o de poder.

La delincuencia organizada en los últimos tiempos nota de una gran transformación, dotándose de mayor poder y diversificación de distribución, la comisión de ciertos delitos les permite beneficios económicos e impunidad. La globalización convirtió la delincuencia en un fenómeno internacional favorecido por la tecnología, la información y mejores vías de comunicación y transporte.

El informe de marzo de 2017 de Global Financial Integrity “Transnational Crime and the Developing World” encuentra que globalmente el negocio del crimen transnacional se valora en un promedio de \$1.6 trillones a \$2.2 trillones anualmente, evaluando el mercado criminal en 11 categorías: el tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de humanos, órganos humanos y bienes culturales, falsificación, crímenes ilegales de vida silvestre, pesca ilegal, tala ilegal minería ilegal y robo de petróleo crudo.¹³

La combinación de altas ganancias y bajos riesgos es el panorama más atractivo para los delincuentes.

“La comunidad global está fallando en sus esfuerzos para acotar al crimen transnacional. ¿Por qué? En gran parte, porque la procuración de justicia se enfoca en los materiales y manifestaciones de los actos criminales, en lugar de en el dinero que el crimen genera (...) Esto implica cerrar el sistema financiero global fantasma que facilita el movimiento en secreto de los fondos generados de manera lícita. La buena noticia es que nada de esto es técnicamente difícil. Es cuestión de voluntad política” indica el

¹³ Global Financial Integrity. Transnational Crime and the Developing World Channing May March 2017. https://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wpcontent/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf

presidente de GFI, Raymond Baker. Ejemplo de ello, agrega el especialista, es que aunque en el narcotráfico a nivel mundial se incauta un estimado del 40% de la cocaína y la heroína, se recupera menos de 1% del dinero de las drogas.

Es por ello que las iniciativas internacionales relacionadas a este tema, se dirigen a recuperar los patrimonios ilícitos, y cada Estado debe dotarse de herramientas para limitar el accionar financiero de estos grupos organizados.

Frente a este panorama, se ven obligados a combatir el delito del crimen organizado, y es necesario para ello la cooperación a nivel internacional, a fin de lograr acuerdos y establecer lineamientos comunes en la implementación de políticas criminales.

La Convención de Palermo¹⁴ del año 2000, es clara al momento de consignar que su propósito resulta ser la cooperación entre Estados para combatir al crimen organizado transaccional.

A su vez la convención nos propone un punto de vista criminológico como definición de “grupo delictivo organizado”, exigiendo los siguientes elementos: a) grupo organizado por tres o más personas, b) debe existir una estructura material y personal destinada a delinquir, adjudicándose diferentes roles a las personas involucradas, y por ultimo c) que exista cierta estabilidad en la conformación del grupo organizado.

Las principales estrategias adoptadas son, la obstaculización de la utilización de las sociedades instrumentales y el decomiso de bienes de origen ilícito. Las sociedades instrumentales son aquellas utilizadas por las organizaciones criminales para llevar a cabo sus actividades delictivas.

La estrategia del decomiso genero una nueva visión, dejando de ser una pena accesoria para convertirse en una herramienta moderna de política criminal para el recupero de bienes provenientes del delito, evitando que el autor del ilícito pueda seguir financiando sus actividades delictivas y disfrutando de las ganancias.

Al respecto Blanco Cordero refiere, por un lado, el decomiso tiene un fin preventivo que consiste en reducir el incentivo en la obtención de ganancias con la comisión de delitos

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000. Artículo 1º

graves y, por el otro, un fin especial que es evitar que los autores gocen de esas ganancias y las reinviertan en la financiación de sus actividades delictivas.¹⁵

A fin de lograr mecanismos eficientes y adecuados de control y prevención para la lucha contra el crimen organizado, hay que tener en cuenta los siguientes puntos: 1 – estas actividades ilegales permiten la acumulación de grandes capitales, provenientes de estafas, secuestros, extorsiones, trata y tráfico ilegal de personas, tráfico de drogas, defraudación al fisco, entre otras. Donde se utilizan técnicas sofisticadas de encubrimiento. 2 – las grandes ganancias genera acceso a ámbitos de poder, económico, político y social, facilitando la corrupción para obtener los propósitos buscados. 3 – como último punto, la legalización de esos capitales ilícitos, el llamado “lavado de dinero”, esto lleva a la participación de más personas que directa o indirectamente se relacionan con la actividad ilícita.

1)-técnicas sofisticadas: a fin de combatir al crimen organizado, en Argentina se sancionó la ley nº 27319 denominada “Técnicas Especiales de Investigación”, que incorpora nuevas herramientas para los delitos de investigación compleja, incluyendo la figura del arrepentido, prevé la posibilidad del agente encubierto, agente revelador, informante, entrega vigilada y prorroga de jurisdicción para delitos de drogas, delitos previstos en el Código Aduanero, terrorismo, corrupción, explotación de personas, secuestro, trata de personas, asociaciones ilícitas, delitos contra el orden económico y financiero.

Lo que se pretende con esto, es poder estar a la altura de las estructuras sofisticadas de las organizaciones criminales que poseen técnicas cada vez más preparadas, ya no se puede seguir luchando con las herramientas tradicionales que no han logrado combatir la problemática.

En nuestro derecho, ya existían normativas contra esta clase de delitos mediante diferentes sanciones de leyes: vinculadas a la tenencia y tráfico de estupefaciente (Ley

¹⁵ Blanco Cordero, Isidoro, Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Recuperado de: http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/OEA%20CICAD%20LIBRO%20EDICION.pdf

nº 23737), lavado de activos (Ley nº 25246), procedimientos tributarios Nacional (Ley nº 11683).

2)-corrupción: el crimen organizado y la corrupción son dos fenómenos estrechamente relacionados. Es tan así que Garzón opina al respecto, que en determinadas casos, las fuerzas de seguridad del Estado encargadas de combatir a la delincuencia ha proporcionado a las facciones criminales armas, personal, redes, territorios e inmunidad¹⁶

La corrupción es funcional al crimen organizado, aprovechándose del Estado para lograr sus finalidades, he ahí los intereses de las organizaciones delictivas por los funcionarios públicos corruptos.

Para Buscaglia, González y Prieto, entre delincuencia organizada y corrupción existen relaciones profundas, a tal grado que se puede sostener que en algunos casos la corrupción representa un requisito central para la formación de la delincuencia organizada.¹⁷

En argentina existen reglamentaciones que abordan el problema de la corrupción, en su mayoría consisten en la ratificación de convenciones internacionales y en el año 2000 se creó la Oficina Anticorrupción en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3)-lavado de dinero: las técnicas para evitar controles y limpiar el dinero se están haciendo cada vez más sofisticadas. Se distingue tres fases para el lavado de activo, primero es la “colocación” luego la “disimulación”, y finalmente la emisión de dinero con modalidades aparentemente lícitas.

¹⁶ Garzón, J.C. La rebelión de las redes criminales: El crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. Woodrow Wilson International Center For Scholars. Latín América Program. Boletín, marzo de 2012. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica. Año 2012.

¹⁷ Buscaglia, E., González, S. & Prieto, C. Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate. Año 2002. Recuperado de: <https://culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/Articulosdeintersgeneral/documentos/Causas%20y%20Consecuencias%20del%20Vinculo%20entre%20la%20Delincuencia%20Organizada%20y%20la%20Corrupcion%20a%20Altos%20Niveles%20del%20Estado%202002.pdf>

Hoy en día las transferencias electrónicas de fondos favorecen a las operaciones financieras de estos grupos organizados, ya que les permite correr menor riesgo, según algunos expertos se puede hablar en este caso de ciberlaundering.

En Argentina se están haciendo esfuerzo para combatir estas prácticas criminales. En junio de 2011 se sancionó la ley n° 26683 que modificó el tipo penal de lavado de activos, creando un título especial en el Código Penal. Esta norma trajo cambios como la responsabilidad penal de las personas jurídicas y nuevas reglas para el decomiso sin necesidad de sentencia condenatoria. En el mismo año el decreto n° 1642/2011 creó el Programa Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo. Como así también nuestro país cuenta con una Unidad de Información Financiera, creada por la ley n° 24246 del año 2000, encargada de supervisar las operaciones financieras y promover las acciones judiciales necesarias a nivel nacional.

A. ¿QUE CONSECUENCIAS GENERAN?

El poder económico y la influencia de los grupos delictivos que se expande con la corrupción debilitan a las autoridades del país y al estado de derecho, aprovechan la jurisdicción limitada de los países para lograr impunidad, su compleja estructura organizativa hacen dificultosa la investigación y probación de los delitos o de la imputación de los autores, y además la identificación y condena del autor no garantiza el fin de las actividades delictivas de esa organización, gracias a su poder económico y capacidad de corrupción en muchos casos siguen operando desde adentro de las cárceles.

Estas características le dan un potencial altamente dañino dentro del orden económico y social de un país, y también por de ello tenemos muchos obstáculos para enfrentar a la delincuencia organizada, transcribiendo la opinión de González y Buscaglia, me permito decir que *en primer lugar, porque el Derecho penal moderno establece reglas muy claras para poder castigar a las personas. Este es un logro del iluminismo que de ninguna manera debe ser empañado. Sin embargo, la tarea de acusar y procesar a los responsables de los delitos realizados por estos grupos se dificulta aún más cuando se trata de obtener evidencia contra la delincuencia organizada (...), la delincuencia*

organizada utiliza el trípode violencia-corrupción-obstrucción de la justicia para impedir la aplicación del Derecho. Por tanto es frecuente que carezca de pruebas suficientes para los dirigentes de las organizaciones criminales porque sus acciones delictivas no son cometidas de propia mano, ni están en contacto directo con los objetos o productos de los delitos. Por otro lado, existe corrupción en los cuerpos de seguridad del Estado y el Poder Judicial y las organizaciones criminales atraen a la más prominente de los círculos financieros y políticos con que buscan protección para el desarrollo de sus negocios.¹⁸

Los efectos que se desprenden de estas actividades delictivas son desbastadoras tanto para la economía como para el ámbito social. Se ve reflejado en la carencia de servicios básicos, desempleo, mayor inseguridad, incremento de la corrupción.

En una economía corrupta, se altera el costo real de los productos, desalienta las inversiones, altera la competitividad leal, etc. y en el ámbito social los efectos se materializan en la falta de credibilidad de las empresas no diferenciando las honestas de las que no lo son, poniendo la desconfianza en el sector mercantil en general.

Por otra parte, sabemos que el lavado del dinero, la colocación de “dinero espurio” dificulta el buen funcionamiento del mercado, determina que las empresas legales sean sometidas a la concurrencia de las ilegales, terminado así, marginadas y después eliminadas del mercado. El blanqueo actúa sobre estos ciudadanos empobrecidos y genera la pérdida de la división y racionalización del trabajo.¹⁹

En resumen, en un contexto donde el crimen organizado, la corrupción, el terrorismo y todo lo que conlleva esos tipos de delitos, han incrementado sus riquezas y su poder, la Argentina se ve expuesta a sufrir consecuencias negativas en el ámbito económico, político, de organización y estabilidad social.

¹⁸ González Ruiz, Samuel y Buscaglia Edgardo “Como diseñar una estrategia nacional contra la delincuencia organizada transnacional dentro de la convención de las Naciones Unidas” Año 2003. Pag. 84

¹⁹ Dettori, R. M y Faiella, F (2015). “Lavado de dinero y crimen organizado en Argentina”. Revista Científica nº5. Pag. 6-7.

B. ¿ARGENTINA CORRUPTA?

Unas de las justificaciones de la extinción de dominio es la corrupción, tal cual indica la normativa *“Que la corrupción y los delitos contra la Administración Pública, el narcotráfico, la trata de personas, el terrorismo y demás delitos graves afectan el normal funcionamiento de las instituciones democráticas y republicanas, causando enormes pérdidas para el Estado, en todas sus dimensiones, que, en definitiva, resultan en mayores costos para los ciudadanos”*

En Argentina los últimos estudios de 2019 del Barómetro Global de la Corrupción²⁰ (encuesta internacional de opinión pública) elaborado por Transparencia Internacional, indican que la mitad de los argentinos cree que la corrupción ha aumentado en los últimos años y que el Gobierno no está haciendo nada para combatirla.

La transparencia de las instituciones argentinas siempre ha sido un problema para los gobiernos de turno, según las cifras consultadas en el Barómetro de Transparencia Internacional los más corruptos son los políticos electos y funcionarios, considerando los encuestados, que no son honestos y priorizan sus intereses privados sobre los públicos.

Paradójicamente creo que este aumento de la percepción de la corrupción es el resultado de años de lucha, porque la corrupción no es un fenómeno nuevo, siempre existió, pero no solía hablarse tanto de ella y en parte el público la aceptaba, hoy en día los ciudadanos repudiamos cada vez más estos actos, porque entendemos que es una de las causales de la pobreza de nuestro país.

Si miramos al sector político encontraremos las más diversas actividades de corrupción, la “causa de los cuadernos” que involucra a Cristina Kirchner (actual vicepresidenta) en un sistema de cobro de coimas a empresarios para conseguir contratos con el Estado, la causa “Ciccone” (ex vicepresidente) Amado Boudou condenado por cohecho y negociación incompatibles con la función pública. El ex presidente Carlos Menem condenado por venta del predio ferial de Palermo a la Sociedad Rural Argentina, hecho ocurrido hace 30 años, por un precio muy inferior a su valor real, además de otras

²⁰ Barómetro Global de la Corrupción: América Latina y el Caribe 2019 – Opiniones y Experiencias de los Ciudadanos en Materia de Corrupción. Ver en: <https://www.transparency.org/es/publications/global-corruption-barometer-latin-america-and-the-caribbean-2019>

causas que todavía no son resueltas. Muchos otros casos se podrían encontrar, pero no es la intención de este trabajo hondar en dichas cuestiones, solo es un referencia.

La corrupción se introduce en muchas actividades: política, justicia, empresarios, medios de comunicación, fuerza de seguridad, etc.

En la apertura de la Asamblea Legislativa de 2019 el ex presidente Mauricio Macri en su discurso en defensa de la extinción de dominio dice: “Si la Justicia pide que se rindan cuentas, todos tenemos que rendir cuentas: políticos, empresarios, sindicalistas, periodistas, los mismos jueces, la familia del Presidente y el Presidente”.

Al buscar una definición de corrupción, Malem Seña expresa “se pueden definir los actos de corrupción, entonces, como aquellos que constituyen la violación activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza”²¹.

Otras definiciones hacen referencia a la perspectiva moral tanto en lo público como en el ámbito privado, en el sector público debería regirse en relación al bienestar general en cuanto a ser un funcionario público, se distingue la corrupción política del resto de los ámbitos ya que se considera a estos garantes naturales del orden público.

La organización Transparencia Internacional define corrupción: como el “mal uso del poder encomendado para obtener beneficios particulares”²². Es decir que hay tres elementos esenciales:

1. El mal uso del poder.
2. Un poder encomendado que puede estar en el sector privado tanto como en el público.
3. Un beneficio particular, referido a beneficios personales para la persona que hace mal uso del poder, incluyendo también a miembros de su familia inmediata y a sus amigos.

²¹ Malem Seña, Jorge, La corrupción, aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos, Editorial Gedisa, Barcelona, año 2002.

²² Senturia, J.J., Encyclopedia of Social Sciences. En el Vol. VI (1993) se encuentra la definición tradicional: el mal uso del poder público para obtener beneficios personales.

Visto de este modo, se podría decir que cuando la corrupción penetra en un Estado democrático esta democracia comienza a destruirse, apareciendo la desconfianza en las instituciones públicas.

La doctrina califica a la corrupción como uno de los vicios más peligrosos que contra la democracia puede desarrollarse, ya que esta forma de gobierno exige normas precisas que deben ser cumplidas por todos y la confianza de que no se sacara provecho de influencias anteponiendo intereses privados a los intereses generales.²³

La figura de corrupción no existe como tipificación en nuestro código Penal, sino que es tomado como un concepto que engloba muchos delitos, los cuales la mayoría se encuentran en el Título XI del C.P. con el nombre de “Delitos Contra la Administración Pública”.

Se encuentran tipificado en nuestro código: cohecho a funcionario público nacional, activo como pasivo; la malversación de caudales públicos; el peculado; las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y el enriquecimiento ilícito; la redacción de muchos de ellos fue modificada para adecuarse a las exigencias de legislación internacional, e incorporo otros tipos penales como el tráfico de influencias, el delito de utilización de información y datos de carácter reservado con fines de lucro y el soborno internacional.

Por otro lado encontramos los delitos relacionados al lavado de dinero (art. 303 y 304 del CP) y la asociación ilícita (art. 210 del CP) que deben ser tomados a consideración de actos de corrupción.

El delito de defraudación se considera un acto de corrupción cuando es cometido por funcionarios públicos y afecte el patrimonio del Estado, la doctrina desarrolla diferentes tipos de defraudaciones, las más importantes en este tema son: las defraudaciones por fraude, cuando el autor detrás del engaño genera un error en el sujeto pasivo; y la defraudación que se comete por un abuso de la confianza depositada en el autor.

²³ Véase por ejemplo Sabán Godoy, A., “Corrupción, derecho y poder”, Revista Claves de la razón práctica, 1992, nº 19, pág. 24; La Torre, M., “Manos limpias y malas conciencias. Ideología italiana y régimen de partidos”, Revista claves de la razón práctica, 1998, nº 79, pág. 32; o Peces Barba, G. “La corrupción en las instituciones y en la sociedad civil”, en VV.AA, Corrupción y ética. Bilbao, Cuadernos de Teología Deusto, nº 9, Universidad de Deusto, 1996, pág. 28

En un hecho de corrupción puede haber más de un delito, como malversación de fondos públicos y pedidos de coimas, por ejemplo, por eso no se tipifica ya que son conjuntos de conductas.

La corrupción privada es aquella que emana desde el ámbito privado, pero se sostiene que deja de ser privada cuando hay un implicado que pertenece al sector público, ya que se entiende que si bien la propuesta viene del sector privado, la decisión recae sobre el sector público.

Cuando la corrupción se generaliza, se vuelve moneda corriente y se convierte en un círculo vicioso de dar y recibir sin oposición de ningún tipo moral.

En la apertura del año judicial de 2019 el entonces presidente de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación Argentina, el Dr. Carlos Rosenkrantz emitió un discurso donde admitió que la ciudadanía argentina sospecha que quienes ocupan las máximas magistraturas representan otros interés, distintos del derecho y que, por ese motivo han perdido su confianza.

Cuando se trata del tema de corrupción judicial se suelen identificar con conductas prevaricadoras. Este delito se asimila a un desvío de poder y no establece como condición una ganancia extraposicional que si lo exige la conducta de corrupción. ¿Entonces el delito de prevaricato entra dentro de las figuras de corruptas?

En simples palabras, podemos responder que el prevaricato ingresa en el ámbito de corrupción cuando el funcionario del Estado falta a su deber, ya sea declarando condenas injustas o fuera de la ley, por conseguir un beneficio propio, también puede existir el prevaricato por ignorancia a las leyes, según dicen alguna doctrinas, a mi entender no es excusa posible para un juez no conocer las reglas que son parte de su trabajo.

Carl Friedrich centra su definición de corrupción en el perjuicio al interés público, “la corrupción es un comportamiento desviado, asociado con una motivación particular que es la del beneficio privado a costa del público, es el perjuicio público lo que importa”²⁴.

²⁴ Friedrich, C. (1989). Corruption concepts in historical perspective. En: A. J. Heidenheimer, M. Johnston & V.T. LeVine (eds.), Political corruption: A handbook. New Brunswick: Transaction Publishers.

En conclusión, la Argentina tiene instituciones débiles que explican el avance de la corrupción, todavía hay mucho trabajo por delante si se quiere controlarla.

La doctrina señala diferentes formas de llegar a una solución dependiendo del caso. Podemos nombrar los que tratan el problema focalizado como “manzanas podridas” donde la solución es eliminar la causa que lo provoca para evitar su expansión a los alrededores. Esto sería las medidas tomadas en cuanto a la rotación de puesto o lugar de trabajo de los trabajadores públicos con el fin de evitar la creación de vínculos corruptos.

Por otro lado tenemos a los que consideran que la solución está en la prevención y sanción de la corrupción, como por ejemplo auditorías internas y externas, desarrollo de leyes, comisión de investigaciones, oficina de transparencia.

2. APORTES DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Las actividades delictivas de esta índole han planteado la necesidad de reforzar las formas de cooperación internacional. La investigación, persecución y represión de los delitos de delincuencia organizada transnacional, la corrupción y el terrorismo, ya no puede limitarse por las fronteras nacionales.

Los instrumentos multilaterales de las Naciones Unidas ayudan a armonizar la cooperación internacional, así encontramos:

- *Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC)* en 2003, siendo el primer instrumento internacional universal de lucha contra la corrupción. El objetivo es brindar estándares internacionales en materia de prevención y represión de actos de corrupción, la adopción de medidas de transparencia en la contratación pública, códigos de conducta y mejores sistemas de auditorías en el sector privado. En cuanto a las sanciones, esta convención abarca desde el levantamiento de inmunidades u prerrogativas hasta la evaluación de prisión preventiva cuando sea necesario. Otro elemento crucial es la recuperación de activos, debiendo identificarse, congelar y suprimir las ganancias obtenidas mediante actos de corrupción.

- *Por ley n° 24.759 se aprobó la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)*, es un instrumento enfocado principalmente a las consecuencias institucionales y sociales de la corrupción, teniendo como objetivo generar conciencia en los Estados partes y fomentar la participación ciudadana. La convención considera que si no se castiga a los poderosos o políticos que cometen delitos la población no tomará en serio la vigencia de las normas sobre corrupción y de hecho se incrementará. Otra disposición es la cooperación de los Estados partes para rastrear, inmovilizar, confiscar y decomisar los bienes derivados de la comisión de delitos generados en corrupción.
- *Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)*, se ratificó en busca de alinear ciertas regulaciones argentinas en el ámbito de anticorrupción con estándares internacionales que penalizan a las personas jurídicas. Se celebró en 2017 la aprobación de la Ley de Responsabilidad Penal Empresaria en casos de Corrupción²⁵, hasta entonces solo las personas físicas podían ser sancionadas o penadas por cometer delitos de corrupción. Se generan incentivos para las personas jurídicas, quienes deberán implementar programas de integridad y cooperación con las autoridades. La ley también permite que la justicia argentina juzgue delitos cometidos por empresas argentinas en el exterior. En fin, la novedad de esta normativa es que responsabiliza a las personas jurídicas por cohecho, tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con el ejercicio de sus funciones públicas, enriquecimiento ilícito e informes y balances falsos.
- *La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC)* tiene como finalidad principal promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Encaminada a intensificar la lucha mediante diferentes medidas específicas para cada actividad ilícita. Penalización de la participación en grupo delictivo organizado, penalización del blanqueo del producto del delito y medidas para combatir el blanqueo de dinero, penalización de la corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas.

²⁵ Resolución 27/2018. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina de Anticorrupción. Véase en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/314938/norma.htm>

Las convenciones alientan a los Estados partes a celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional.

Los modelos desarrollados a través de los congresos de las Naciones Unidas sobre prevención del delito han servido de guías para la elaboración de tratados. La “Ley Modelo sobre Extinción de Dominio” iniciativa del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe (LAPLAC) que da continuidad a una larga tradición de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) constituye un mecanismo novedoso y de respuesta eficaz contra el crimen organizado. El cual ya se ha hecho mención anteriormente en este trabajo por ser importante en el desarrollo del tema analizado.

A. LEY MODELO SOBRE EXTINCION DE DOMINIO DE LA ONU

Este modelo fue realizado en 2011, tiene como finalidad ser de utilidad para aquellos países que proyectan incorporar la figura de la extinción de dominio en su legislación interna.

Como primer punto de partida, afirma que el derecho a la propiedad no es vulnerado, ya que la extinción es dirigida a los bienes adquiridos con capital ilícito por lo que no adquieren legitimidad ni gozan de protección legal.

A diferencia de otros modelos de leyes, esta representa numerosos artículos de aspectos procesales y procedimientos detallados, la razón es que se requiere un procedimiento especial autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

La extinción de dominio según el artículo 2º, es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes que refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna.

En cuanto a su aplicación, encontramos que debe ser retroactiva e imprescriptible, sin dar demasiados detalles sobre estos principios. Los bienes sobre los que recae la acción no se legitiman por causa de muerte:

En la aplicación de esta ley se debe garantizar los derechos constitucionales y proteger aquellos derechos reconocidos en los tratados internacionales, haciendo referencia al derecho al debido proceso.

Las medidas cautelares sobre los bienes sujetos a extinción de dominio podrán ser: suspensión del poder dispositivo, embargo preventivo o incautación y aprehensión material. Estas medidas se ejecutaran independientemente de quien sea el titular del bien, art. 16.

La forma de procedimiento se divide en dos etapas: 1) una fase inicial o preprocesal a cargo de la autoridad competente con funciones investigativas, 2) una fase procesal a cargo del juez que se inicia con la presentación de la pretensión de extinción de dominio.

En la primera de las fases se deberá investigar identificando y ubicando los bienes y sus posibles titulares y desvirtuar la presunción de buena fe. Presentada la pretensión de extinción de dominio el juez resolverá si la admite o no en el plazo de 15 días, aquí se inicia la segunda fase y dentro del mismo plazo resolverá sobre las medidas cautelares y notificaciones, seguidamente se fijara audiencia preparatoria.

Contra la sentencia condenatoria solo procederá el recurso de apelación, también da como posibilidad la sentencia anticipada, para el caso de que el afectado se allane a la pretensión de extinción de dominio.

Sera admisible todos los medios de prueba directos e indirectos que sean útiles al proceso, y corresponde a cada parte probar los fundamentos que sustentan su posición.

Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedaran de inmediato bajo la administración del organismo especializado creado o designado para tal efecto. Cuando estos bienes presenten riesgo de perecer, deteriorarse o desvalorizarse, la autoridad designada dispondrá su venta anticipada.

En el art. 42, la ley modelo enumera ciertos destinos a los que se podría dirigir los bienes de extinción de dominio. Financiar programas para víctimas y prevención de actividades ilícitas, apoyar las instituciones encargadas de combatir el crimen organizado, financiar gastos procesales de extinción de dominio, etc.

En referencia a la cooperación internacional, los Estados cooperaran en la investigación y procedimientos, como así también podrán celebrar acuerdos bilaterales y multilaterales para facilitar la administración de bienes en cuantos a los gastos y la forma de vender los bienes.

En las disposiciones finales, se hace referencia a la colaboración del particular, siendo que la persona que suministre información que contribuya de manera eficaz a la extinción de dominio, podrá recibir una retribución equivalente a un porcentaje del producto que se obtenga de los bienes.

B. LOS ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS

En diversas ocasiones el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha manifestado preocupado por el hecho de que las organizaciones criminales y la corrupción, son fenómenos que atentan contra los derechos humanos, ya sean económicos, como sociales, culturales, civiles y políticos, afectando su normal desarrollo.

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe del año 2008 se expresó: “la reducción de la corrupción mejora el acceso a los servicios públicos, especialmente para los pobres y vulnerables y promueve la transparencia para aumentar el impacto de los recursos dedicados al desarrollo”²⁶.

Pero así como reconocen que los delitos del crimen organizado, la corrupción y el terrorismo afectan gravemente los derechos humanos, también se han pronunciado en contra de la acción de extinción de dominio por considerar que violan derechos fundamentales.

²⁶ Abordado por el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, en su informe titulado “La Corrupción y los Derechos Humanos – Estableciendo el Vínculo”, manifestó que “Se ha comprobado que la corrupción tiene un impacto gravemente perjudicial sobre las personas que viven en la pobreza, cuando se comparan con los grupos de personas que disfrutan de un ingreso mayor. La corrupción no sólo afecta al desarrollo económico y desalienta la inversión extranjera en un país, afectando de manera indirecta a los más pobres, sino que además la corrupción reduce el ingreso neto de aquéllos que viven en la pobreza, distorsiona las políticas, programas y estrategias dirigidas trazados para satisfacer sus necesidades básicas y desvía los recursos públicos para inversiones en infraestructura, que son elementos de importancia crucial para lograr reducir la pobreza en un país” (págs. 12/13).

Por ejemplo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México²⁷ promovió una demanda de acción de inconstitucionalidad sobre la extinción de dominio por estimar que se violan los derechos de seguridad jurídica, debido proceso, propiedad y el principio de legalidad, de irretroactividad de la ley y el de supremacía constitucional.

En tal virtud, este Organismo Nacional considera necesario precisar que todo marco jurídico que rija la actuación de las autoridades debe ser claro y compatible con el andamiaje de protección de los derechos humanos de las personas, garantizando por la Constitución y los tratados internacionales.

Entre los artículos impugnados se encuentran el referido a la venta anticipada, el cual describe la CNDH como vago e impreciso al permitir la procedencia de la venta de los bienes sujetos al proceso “al señalar de manera genérica que se podrán enajenar cuando sean necesario dada la naturaleza de los bienes”. Esto permite la arbitrariedad de la autoridad para la determinación de los bienes que se enajenan de manera previa a la resolución definitiva del juicio, por lo que al ser un supuesto tan amplio genera incertidumbre, vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

También se impugna los artículos que hacen referencia a los accesos de información privada, de acuerdo con la CNDH permiten al Ministerio Público un margen de actuación que no cuentan con control judicial previo, deriva en detrimento de los derechos humanos de las personas a la seguridad jurídica, la propiedad y la protección a su privacidad y datos personales.

En consonancia con lo expresado, este organismo defensor de los derechos humanos reconoce toda actuación de los Estados en beneficio a la sociedad, como es la recuperación de activos, y considera que podrá lograrse mediante la configuración de un cuerpo legal eficaz que garantice el pleno respeto a los derechos humanos de todas las personas.

²⁷ Ver en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/documentos/2019-09/COM-371-2019.pdf>

CAPITULO III

TRANSICION HACIA LA EXTINCION DE DOMINIO EN AMERICALATINA

1. INSTITUTO DE EXTINCION DE DOMINIO

En América Latina la figura de la acción de extinción de dominio va en aumento, cada vez más países de la región lo han adaptado y aseguran que es una política criminal eficaz en la lucha contra el patrimonio obtenido ilícitamente.

En la mayoría de los países, esta herramienta jurídica se usa para frenar el narcotráfico o atacar las riquezas conseguidas mediante corrupción, siendo el fin común de todos, que el Estado confisque los bienes de origen o destino ilícito.

A. MODELO COLOMBIANO

El país colombiano fue el primero en incursionar en esta figura en 1996, la aplicación de la extinción de dominio se debió al gran problema de narcoterrorismo por el que atravesaban. Es así que con la ley n° 333 se extinguieron algunos bienes que habían sido del narcotraficante Pablo Escobar, incautados desde 1989.

La última modificación de la ley fue en 2014 reformándose según el modelo de reglamentación propuesta por Naciones Unidas, en esta oportunidad se crea el código de extinción n°1708 de rango constitucional, así lo afirma en su art. 17 *“la acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza constitucional, publica, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido”*

Uno de los puntos clave para la extinción de dominio en Colombia, es el alcance no absoluto del derecho a la propiedad, considerando que el Estado no puede concebir ni reconocer el derecho de propiedad a un sujeto que adquirió un bien mediante una actividad ilícita, por considerarlo un perjuicio al poder público como así también a los valores morales.

La Constitución Colombiana garantiza en su art. 58, el derecho a la propiedad privada siempre que ella haya sido adquirida de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Esto permite entender porque el art. 34 de dicha constitución dispone que *“por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social”*

El ex magistrado de la Corte Constitucional José Gregorio Hernández Galindo dijo: *“Esta figura novedosísima que se plasmó en el artículo 34, implica sencillamente que, aunque en apariencia una propiedad mueble o inmueble en zonas rurales o en zonas urbanas, está en cabeza de unas personas, realmente nunca llegó a radicarse en su cabeza, porque se adquirió por enriquecimiento ilícito o se adquirió con grave deterioro a la moral social que plasma la Constitución, o se adquirió con lesión del patrimonio estatal. Esas figuras están enmarcadas dentro del concepto de extinción de dominio porque precisamente, lo que quiso el constituyente fue reaccionar contra esa propiedad, muy extendida en el territorio, en cabeza de personas que habían cometido crímenes, delitos, acciones completamente injustas contra la sociedad colombiana y que se habían apoderado, o se están apoderando de gran parte del territorio nacional.”*²⁸

La finalidad de la acción es destruir la apariencia de legalidad que hay sobre el derecho de dominio de un bien, siendo que por proceder de hecho ilícito nunca ha tenido dicha titularidad, siguiendo este lineamiento es entendible de que el sujeto afectado no será indemnizado o compensando por la sentencia.

Otra de las características de la extinción de dominio colombiana es la intemporalidad, consiste en la posibilidad de declarar extinguido el derecho de dominio aun cuando la causal se hubiera realizado antes de la entrada en vigencia de la primera ley de extinción de dominio de 1996.

Al hablar de procedencia de la extinción de dominio, pareciera ser limitada al nombrar tres actividades ilícitas: enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público y deterioro

²⁸ Hernández, J. (2005). Naturaleza Constitucional de la extinción de dominio. Economía Colombiana, 309, 60-65. Pág. 64

de la moral social. Pero lo cierto es que es más extenso de lo que parece, ya que de las dos últimas se desprenden unas series de acciones. Entonces las actividades ilícitas son:

- 1) Delito de enriquecimiento ilícito
- 2) Conductas cometidas en perjuicio del Tesoro Público, estas son:
 - Peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal o de efectos o valores equiparados a monedas;
 - Ejercicio ilícito de actividades monopolistas o de arbitrio rentístico;
 - Hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales;
 - Delito contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado;
 - Utilización indebida de información privilegiada; y
 - Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.
- 3) Conductas que implican graves deterioro de la moral social, entendidas las que atentan contra:
 - La salud pública
 - El orden económico y social
 - Los recursos naturales y el medio ambiente
 - La seguridad pública
 - La administración pública
 - El régimen constitucional y legal
 - El secuestro, el secuestro extorsivo
 - La extorsión, el proxenetismo
 - La trata de personas y el tráfico de inmigrantes.

El código de extinción de dominio identifica taxativamente técnicas de investigación:

- 1) Allanamientos y registros.
- 2) Interceptación de comunicaciones.
- 3) Vigilancia de cosas.
- 4) Seguimiento y vigilancia de personas.
- 5) Búsquedas selectivas en bases de datos.
- 6) Recuperación de información dejada al navegar en Internet.

- 7) Análisis e infiltración de organizaciones criminales.
- 8) Agentes encubiertos.
- 9) Escucha y grabación entre presentes.
- 10) Las demás que el desarrollo técnico o científico ofrezcan, para cumplir los fines de la investigación.

Colombia cuenta con la figura de “sentencia anticipada” a modo de procedimiento abreviado, básicamente el afectado podrá manifestar por escrito su voluntad de renunciar al derecho a oponerse, previo reconocimiento expreso que concurre sobre el bien los presupuestos de una o varias de las causas de extinción de dominio.

El mismo procedimiento se seguirá para la sentencia especial anticipada, aplicable en el caso en que, de la investigación resulte inexistencia del titular del bien o en su defecto fuera imposible su identificación o localización.

En cuanto a la carga probatoria, los hechos deberán ser probados por la parte que este en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios, es decir preponderancia probatoria. En este tema es interesante la figura de prueba trasladada, de la cual puede extraerse prueba de cualquier otra rama del derecho (penales, civiles, administrativos, fiscales, disciplinarios o cualquier otra naturaleza procesal) siempre y cuando cumplan con los requisitos de validez exigidos por la normativa.

En este instrumento, se crea una acción de revisión para la extinción de dominio, permitiendo revisar sentencias firmes sobre las cuales se podrían considerar que contaron con falso testimonio, fraude procesal, actos de corrupción u otras causas.

Por último, me parece notable la obligación de crear juzgados por distrito, crear despachos adicionales de fiscalías especializadas para la extinción de dominio.

B. MODELO MEXICANO

Este país comenzó su “guerra” contra la delincuencia organizada utilizando la figura de la expropiación de bienes obtenidos ilícitamente o usados para cometer hechos ilícitos, como por ejemplos inmuebles donde se llevaban adelante actividades relacionadas con el narco-menudeo, venta de mercadería robada, entre otras cosas.

Ante las muchas discusiones sobre la aplicación de esta figura de expropiación utilizada para un fin diferente a la que fue creada, comenzaron a pensar como solución al problema, la institución de “extinción de dominio”.

Siguiendo a Colombia, los Estados Unidos Mexicanos introdujeron en 2008 desde el art. 22 de la Constitución Política el instituto de extinción de dominio *“La acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónomo del penal. Las autoridades competentes de los distintos órdenes de gobierno le prestarán auxilio en el cumplimiento de esta función. La ley establecerá los mecanismos para que las autoridades administren los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, incluidos sus productos, rendimientos, frutos y accesorios, para que la autoridad lleve a cabo su disposición, uso, usufructo, enajenación y monetización, atendiendo al interés público, y defina con criterios de oportunidad el destino y, en su caso, la destrucción de los mismos.”* Al igual que Colombia tiene carácter constitucional.

En el año 2019 aparece la nueva Ley Federal de Extinción de Dominio como reglamentaria del art. 22 de la Constitución. Esta institución se ejerce a través de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil y autónoma del penal. En la anterior regulación acerca de la extinción de dominio se señalaba, necesaria para su aplicación, la culminación de una resolución judicial en la cual se decretaba el decomiso de los bienes. En la nueva legislación, esta limitación desaparece, ya que no es necesaria la resolución judicial para llevarse a cabo este decomiso, basta con la presunción de un acto delictivo o con la asociación.

Una diferencia de la nueva ley con la antigua, es que la actual es de carácter nacional y se implementa tanto a nivel federal como estatal utilizando las mismas reglas, anteriormente existía una ley federal y algunas locales con distintos procesos.

Los hechos susceptibles de la extinción de dominio de conformidad con el párrafo cuarto del art. 22 de la Constitución Política de México son:

- 1) Delincuencia organizada;
- 2) Secuestro;
- 3) Delitos en materia de hidrocarburo, petrolíferos y petroquímicos;
- 4) Delitos con la salud;

- 5) Trata de personas;
- 6) Delitos por hechos de corrupción;
- 7) Encubrimiento;
- 8) Delitos cometidos por servidores públicos;
- 9) Robo de vehículos;
- 10) Recursos de procedencia ilícita;
- 11) Extorsión.

En cuanto a los bienes sobre los que procederá, el art. 7 de la ley nacional de extinción de dominio identifica: “La acción de extinción de dominio procederá sobre aquellos Bienes de carácter patrimonial cuya Legítima Procedencia no pueda acreditarse, en particular, Bienes que sean instrumento, objeto o producto de los hechos ilícitos, sin perjuicio del lugar de su realización”

Al ser una acción imprescriptible tal como lo expresa la ley, recibe críticas en referencia que viola el principio de seguridad jurídica, ya que el estado mantendrá la potestad de perseguir a los inculpados y sus bienes para siempre. Anteriormente el Fisco imponía el plazo de 7 años para demostrar la procedencia lícita de un bien.

C. MODELO PERUANO

Con la finalidad de atacar más eficazmente el crimen en general se emitió en julio de 2007 la primera norma que regula el proceso de pérdida de dominio, mediante Decreto Legislativo n° 992.

Desde sus comienzo tuvo muchas críticas, las cuales objetaban que en el ordenamiento peruano no era posible declarar la pérdida de dominio de un bien sin previamente ese bien haber sido declarado judicialmente de origen ilícito, también expresaban que ya estaba regulado la extinción de dominio mediante la acción del decomiso, y unas de las objeciones fundamentales es que la pérdida de propiedad por vía distinta a la judicial en sede penal solo puede declararse por causa de seguridad nacional o necesidad pública, por así disponerlo el artículo 70 de la Constitución Política. Al debatir estos problemas, se llegó a una modificación plasmada por ley n° 29212 en abril de 2008.

Pero fue en el año 2012 donde se produjeron las mayores modificaciones sobre el procedimiento de pérdida de dominio en Perú, aunque mantuvo la naturaleza real de contenido patrimonial que recae sobre derechos o bienes de procedencia ilícita, en favor del Estado, son contraprestación ni compensación alguna. Las principales diferencias fueron:

Perdida de Dominio (Dec. Leg. 1104)	Extinción de Dominio (Dec. Leg. 1373)
Supeditada al proceso penal	Autónoma e independiente del proceso penal
Prescripción a los 20 años	Intemporalidad
Falta de especialización (juez penal)	Sub sistema nacional especializado en extinción de dominio
Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI)	Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI)
Dos etapas: Investigación preliminar y Actuación judicial	Dos etapas: Indagación patrimonial y Etapa judicial
Una audiencia de medios probatorios (en la etapa de actuación judicial)	Una audiencia inicial y una audiencia de actuación de medios probatorios (durante la etapa judicial)

Según las disposiciones generales del reglamento de la Ley de Extinción de Dominio, el Fiscal Especializado determinara los bienes de interés económico relevante conforme con los siguientes criterios: a) los bienes tienen un valor igual o superior a cuatro unidades impositivas tributarias, b) se trate de dinero en efectivo, c) cuando a criterio del fiscal su uso o enajenación sea beneficioso al Estado, siempre que los recursos que se inviertan para su consecución no sean mayores que su valor de rentabilidad.

La ley expresa garantías para el derecho al debido proceso, el que a su vez comprende los derechos de defensa, a la prueba y a la doble instancia.

En el art. 1º se determina que es aplicable sobre todo bien patrimonial que tenga relación o que se derive de las actividades ilícitas, siendo:

- 1) Contra la administración pública;
- 2) Contra el medioambiente;
- 3) Las relativas al tráfico ilícito de drogas;
- 4) Las vinculadas al terrorismo;
- 5) El secuestro;
- 6) La extorsión;

- 7) La trata de personas;
- 8) El lavado de activos;
- 9) El contrabando;
- 10) La defraudación aduanera;
- 11) La defraudación tributaria;
- 12) La minería ilegal;
- 13) Las de crimen organizado;
- 14) E incorpora como número apertus, las actividades ilícitas capaces de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito.

D. MODELO GUATEMALTECO

Durante distintas épocas y a fin de adecuarse a los compromisos internacionales, Guatemala ha intentado crear instrumentos normativos que conduzcan a evitar el incremento de los patrimonios adquiridos ilícitamente.

Guatemala a diferencia de Colombia y México no instauro la figura de la extinción de dominio dentro de su Constitución, pero reconoce la constitucionalidad de la ley, la cual el 14 de abril de 2009 se presentó como proyecto de ley ante el Congreso con el número de registro 4021 y entro en vigencia el 29 de junio de 2011.

El objetivo perseguido lo establece el artículo 1º de esta ley²⁹:

-La identificación, localización, recuperación, extinción de los derechos relativos al dominio de los mismos así como de las ganancias, frutos, productos, rendimientos o permutas de origen o procedencia ilícita o delictiva a favor del Estado;

-El procedimiento exclusivo para el cumplimiento efectivo de la presente ley;

-La competencia y facultades de las autoridades respectivas para el ejercicio de la Ley de Extinción de Dominio;

²⁹ Ley de Extinción de Dominio, Decreto N° 55-2010. El Congreso de la Republica de Guatemala. https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Guate_intro_textfun_esp_8.pdf

-Las obligaciones de las personas individuales o jurídicas que se dedican al ejercicio de una profesión o actividades susceptibles de ser utilizadas para la transferencia, uso, ocultamiento y circulación de los bienes productos de actividades ilícitas o delictivas; y,

-Los medios legales que permiten la intervención de las personas que se consideren afectadas por la aplicación de la Ley de Extinción de Dominio.

Y en el artículo siguiente define la extinción de dominio como: *“la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b del presente artículo, y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente ley, cualquiera que sea su naturaleza acción ni compensación de naturaleza alguna para su titular o cualquier persona que ostente o se comporte como tal”*.

Así mismo, se define los principales principios que rigen la ley, siendo:

a) Principio de nulidad Ab Initio, que en palabras del autor Rubén Alberto Contreras Ortiz la nulidad absoluta “es la que se produce cuando le faltan al negocio jurídico uno, algunos o todos sus elementos esenciales, en cuyo caso es correcto decir que el negocio no llegó realmente a formarse jurídicamente; o cuando en sus celebración se violó un mandato o prohibición de la ley, en cuya circunstancia es acertado afirmar que el negocio sí llegó a formarse, sí llegó a nacer, pero su vida es completamente inútil porque no va a producir ninguno de los efectos jurídicos que las partes buscaban”³⁰;

b) Principio de prevalencia, es decir que la ley de extinción de dominio deberá aplicarse por sobre otras que regulen aspectos similares;

c) Principio de oficiosidad y celeridad procesal, en cuanto a la oficiosidad hace referencia a que la acción debe ser impulsada por el Fiscal General o por los agentes fiscales designados; y la celeridad procura que el proceso se desarrolle sin dilataciones y en un plazo razonable; y

d) Principio de concentración, se pretende evitar la segmentación de los actos procesales

³⁰ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles; Guatemala, Editorial Serviprensa S. A. Año 2004. Página 313.

Con relación a las actividades ilícitas o delictivas tipificadas como delitos y de las causales que proceden bienes o ganancias que pueden ser sujetos de extinción de dominio, al igual que Colombia posee un extenso listado, hay que destacar que está dirigido tanto a delincuencia organizada como a delincuencia común.

- 1) Narcoactividad: tránsito internacional, siembra y cultivo, fabricación o transformación; comercio, tráfico y almacenamiento ilícito; promoción y fomento; facilitación de medios; transacciones e inversiones ilícitas; asociaciones ilícitas; procuración de impunidad o evasión; promoción o estímulo a la drogadicción; encubrimiento real y encubrimiento personal.
- 2) Lavado de dinero u otros activos;
- 3) Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales;
- 4) Financiamiento del terrorismo: financiamiento del terrorismo y trasiego de dinero;
- 5) Diversos: peculado; malversación; concusión; fraude; colusión; cohecho pasivo y activo; evasión; cooperación en la evasión; evasión culposa; asesinato cuando se realice por precio, recompensa, promesa o ánimo de lucro; plagio o secuestro; estafa propia cuando el agraviado sea el Estado; estafa mediante información contable cuando el agraviado sea el Estado; trata de personas; extorsión, terrorismo; intermediación financiera; quiebra fraudulenta; fabricación de moneda falsa; alteración de moneda, introducción de moneda falsa o alterada;
- 6) Defraudación aduanera y el contrabando aduanero;
- 7) Delincuencia organizada: conspiración, asociación ilícita, asociación ilegal de gente armada; entrenamiento para actividades ilícitas; comercialización de vehículos y similares robados en el extranjero o en el territorio nacional; exacciones intimidatorias; obstrucción de tránsito y obstrucción de justicia.

CUADRO COMPARATIVO				
PAIS	COLOMBIA	MEXICO	PERU	GUATEMALA
Concepto	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 que se refiere esta ley, por sentencia, sin contraprestación ni compensación.	Es la pérdida de los derechos que tenga una persona en relación con los bienes a que refiere la ley, declarada por sentencia de la autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación.	Consecuencia jurídico-patrimonial que traslada al Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación.	Es la pérdida a favor del Estado, de cualquier derecho sobre los bienes mencionados en la literal b) del artículo ³¹ , y que se encuentren dentro de las causales estipuladas dentro de la presente Ley, cualquiera que sea su naturaleza y clase, sin contraprestación ni compensación.
Naturaleza jurídica	Constitucional, pública, jurisdiccional, directa, real y de contenido patrimonial.	Jurisdiccional, civil, de carácter patrimonial y con prevalencia en la oralidad.	Autónomo, de carácter real y de contenido patrimonial.	Jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial
Bienes	Todos los que sean susceptibles de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, o aquellos sobre los cuales pueda recaer un derecho o contenido patrimonial.	Todas las cosas identificadas como tales en el Código Civil Federal y en los códigos civiles de las entidades federativas correspondientes, que estén dentro del comercio, que se encuentren los supuestos señalados en el art. 7 de la ley	Todos aquellos que, según las definiciones de los artículos 885 y 886 del Código Civil, son muebles e inmuebles. Igualmente lo son las partes integrantes, accesorios, frutos y productos de esos bienes.	Todos aquellos susceptibles de valoración económica, sean muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, tangibles o intangibles, acciones, títulos y valores, cualquier derecho real, principal o accesorio. Todos los frutos, ganancias, productos, rendimientos o permutas de estos bienes.
Principios	Nulidad Ab Initio y de prevalencia	No lo contempla	Nulidad Ab Initio y de prevalencia	Nulidad Ab Initio y de prevalencia
Actividad delictivas	Los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.	Delincuencia organizada; secuestro; delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos; delitos contra la salud; trata de personas; corrupción; encubrimiento; delitos cometidos por servidores públicos; robos de vehículos; extorsión.	Contra la administración pública; el medioambiente; tráfico ilícito de drogas; terrorismo; secuestro; extorsión; trata de personas; lavado de activos; contrabando; defraudación aduanera y tributaria; minería ilegal; crimen organizado.	Narcoactividad; tránsito; Lavado de dinero; Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito y transporte de ilegales; terrorismo; malversación; fraude; cohecho pasivo y activo; evasión; asesinato por precio, secuestro; estafa; extorsión, quiebra fraudulenta; Defraudación aduanera; Delincuencia organizada; comercialización de vehículos; obstrucción de tránsito y de justicia.
Causales	Producto directo o indirecto; objeto material; transformación o conversión total o parcial; incremento patrimonial no justificado; utilizados como medios o instrumentos; destinados a actividades ilícitas, ingresos, ganancias y beneficios de los anteriores; utilizados para ocultar; los mezclados material o jurídicamente; valor equivalente a los	Transformación o conversión total o parcial del producto u objeto ilícito; procedencia ilícita utilizados para ocultamiento; mezclados material o jurídicamente; los que no se acredite procedencia lícita; valor equivalente cuando no pueda ser localizado o identificado; utilizados para la comisión de un delito; productos, ganancias o beneficios de los anteriores.	Sobre los que recaen actividades ilícitas; que constituyen instrumento de actividades ilícitas: que fueron, son o serán utilizados como medios para la comisión de delitos; efectos o ganancias; todos bienes que son resultado directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas.	Directa o indirectamente de una actividad ilícita; incremento patrimonial relacionada con persona investigada o sometida a una acción de extinción de dominio o que deriva de actividades ilícitas; lucrar o beneficiarse de los bienes, frutos, ganancias o permutas provenientes de esas actividades; utilizados como medio o instrumento para la comisión de ilícitos o que se pueda demostrar que vayan a

³¹ Hace referencia a los bienes que son susceptibles de extinción de dominio, indicados en el sector “bienes” del presente cuadro.

	bienes anteriores cuando resulte improcedente su reconocimiento o no sea posible su localización o identificación.			ser utilizados en la comisión de un hecho delictivo u ocultarlos; mezclar bienes de procedencia ilícita.
Parte actora	Fiscalía General de la Nación	Ministerio Público	Ministerio Público	Fiscal General
Presunción de buena fe	Todo acto o negocio jurídico relacionado con la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa	Conducta diligente y prudente exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionados con los bienes objeto del procedimiento de extinción de dominio.	Reconoce la buena fe, pero no la describe.	Reconoce la buena fe, pero no la describe.
Competencia para el juzgamiento	Jueces del circuito especializados en extinción de dominio del distrito judicial donde se encuentre el bien.	Juzgado competente en materia de extinción de dominio, ya sea de la federación o de las entidades federativas, donde se encuentra el bien.	Juez Especializado en Extinción de Dominio del distrito judicial en donde se encuentre ubicado el bien.	Los tribunales competentes, según determine la Corte Suprema de Justicia
Medidas cautelares	Embargo; secuestro; toma de posesión de bienes.	Aseguramiento de bienes.	Inmovilización, incautación, inhibición o inscripción.	Suspensión de los derechos de propiedad o accesorios; la anotación de la acción de extinción de dominio; el embargo, la intervención, inmovilización o secuestro de los bienes, incautación.
Medios de prueba	La inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio.	Declaración de parte, documentos públicos y privados, pericias, inspección judicial, testigos, fotografías y escritos, presunciones.	Forma digital o mecánica; y especiales de indagación, siempre que no se vulneren derechos fundamentales, ni atenten contra la dignidad humana.	Se realizará de conformidad con lo previsto en el Código Procesal Penal, Decreto Nro. 51-92 del Congreso de la República ³²
Administración	Fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado (FRISCO)	El instituto de administración de bienes y activos y las autoridades competentes de las entidades federativas que corresponda.	Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI)	Consejo Nacional de Administración de Bienes en Extinción de Dominio
Proceso abreviado	El afectado podrá reconocer expresamente que concurre sobre el bien una o varias pretensiones de extinción de dominio y renuncia a presentar oposición.	No contempla	Sentencia anticipada, el requerido en el proceso de puede allanarse o reconocer la demanda.	No contempla
Intemporalidad	Imprescriptible	Imprescriptible	Imprescriptible	Imprescriptible
Procedimientos	Dos etapas: 1º inicial o preprocesal preparatoria de la fijación de pretensión; 2º de juzgamiento	Dos etapas: 1º preparatoria; 2º judicial	Dos etapas: 1º indagación patrimonial; 2º judicial.	Dos etapas: 1º investigativa; 2º judicial
Retribución por evidencia	Hasta 5% del producto que el Estado obtenga del bien.	Hasta el 5% del producto que el Estado obtenga del bien.	No contempla	Hasta el 5% de los bienes declarados en extinción de dominio.

³² Artículo 182. (Libertad de la prueba). Se podrán probar todos los hechos y circunstancias de interés para la correcta solución del caso por cualquier medio de prueba permitido. Regirán, en especial, las limitaciones de la ley relativas al estado civil de las personas. Código Procesal Penal de Guatemala.

CAPITULO IV

INSTITUTOS JURIDICOS QUE SUPONEN LA PERDIDA DE DOMINIO

Es importante recordar que existen institutos jurídicos tradicionales destinados a la pérdida de dominio y los cuales pueden considerarse para el recupero de activos.

Congruentemente con lo ya señalado, tengamos en cuenta que el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, pero el Estado no reconoce el derecho de dominio sobre aquellos bienes que no han sido obtenidos dentro del marco de la ley. El concepto de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas³³

1. DECOMISO

La palabra decomiso es sinónimo de comiso y según definición de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003, entendemos por decomiso a una medida adoptada por la autoridad estatal destinada a privar un bien con carácter definitivo.

Esta figura se aplica sin derecho a resarcimiento para el afectado, debido a que en este caso la pérdida de la propiedad privada no es precisamente tomada para usos de bien público, sino para evitar que mediante ella la sociedad sufra lesión física, económica o moral, y además porque la propiedad privada que es objeto de decomiso no tiene el amparo constitucional, debido a que no se halla en un estado legal.³⁴

El decomiso procederá respecto de las cosas que han servido para cometer el hecho, cosa mueble e inmueble. Al respecto D'Alessio sostiene que “son instrumentos del delito los objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito, como por ejemplo armas, inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, ya sea que de

³³ Jorge, Guillermo, “El decomiso del producto del delito”, ob. cit., p. 67.

³⁴ Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ob. cit.

tales objetos se hayan servido todos los participantes o algunos de ellos”³⁵. También procederá el decomiso cuando las cosas o ganancias son el producto o el provecho del delito.

Así mismo recae sobre los elementos por los cuales hayan sido reemplazados, sustituidos o transformados total o parcialmente. La jurisprudencia indico “...el decomiso abarca al producto convertido o transformado, al mezclado con otros bienes y al ingreso del producto o su transformación. Así lo entiende la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su Anexo I al entender como ‘producto del delito’ a los bienes de cualquier índole derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito; estableciendo que deben adoptarse medidas que permitan el decomiso cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, se hayan mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas, así como también los ingresos u otros beneficios derivados de los anteriores, podrán ser objeto de las medidas previstas de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito”³⁶

En fin, el decomiso cuando procede contra los instrumentos y producto del delito y se encuentra dentro de una política pública de recupero de activos, cumple la función reparatoria, mientras que si procede contra bienes peligrosos, por ejemplo evitar el ingreso de arsenal de armas al país o materiales químicos no autorizados, es una medida administrativa de coacción directa, con el fin de proteger bienes jurídicos individuales y colectivos.

En todos estos supuestos se considera que no hay una vulneración del derecho a la propiedad, ya que el derecho o titularidad del bien objeto o usado en un ilícito pierde su garantía constitucional por violar las reglas establecidas por el Estado para mantener la protección jurídica de tal derecho. Lo que si puede reclamar el afectado es que el Estado acredite debidamente la acción del decomiso, por lo que se requiere un debido proceso, permitiendo la efectiva defensa y sentencia definitiva.

³⁵ D’Alessio, Andrés José (ed.), Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 129.

³⁶ Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala III, “Vitette Sellanes, Luis Mario s/ recurso de Casación”, rta: 29/08/2013, Abeledo Perrot n°AR/ JUR/57459/2013.

En nuestra normativa argentina, se encuentra regulado por el artículo 23 del Código Penal, mediante ley 26683 del año 2011 se introdujo una modificación a este artículo, estableciendo la posibilidad de, en ciertos casos³⁷, decomisar sin sentencia condenatoria previa, en particular “cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes”.

Por su parte el Código Procesal Penal de la Nación establece en los artículos 231 y subsiguientes los requisitos para el secuestro de los bienes durante el proceso y disposición sobre su custodia, a su vez en el artículo 522 y siguientes prevé normas generales para el destino de bienes decomisados.

También se encuentran leyes especiales al respecto, ley 20785³⁸, regula la custodia y disposición de los bienes secuestrados en causas penales, estableciendo un régimen diferencial de acuerdo al tipo del bien, previendo la posibilidad de que se vendan para que no se devalúen con el tiempo.

Respecto a los bienes de narcotráfico la ley 23737 dispone que las multas impuestas, los bienes decomisados y sus producidos sean destinados a la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo.

Al parecer el decomiso y la extinción de dominio comparten fundamentos comunes, primero quienes cometen crimen no se les debe permitir beneficiarse de esos delitos, y segundo debe disuadirse la actividad criminal, asegurando que los activos de origen ilícitos no sigan siendo utilizados para propósitos delictivos.

La diferencia principal se da en que el decomiso requiere un juicio y condena penal y la extinción de dominio no, y sobre todo el decomiso es una orden in personam (una acción contra la persona) donde la autoridad procesal debe probar el crimen, en cambio la extinción de dominio se define como decomiso in rem (una acción contra la cosa) es

³⁷ Caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quater y en el Título XIII del libro Segundo del Código Penal de la Nación.

³⁸ Bienes objeto de secuestro en causas penales. Custodia y disposición. Sancionada: Setiembre 26 de 1974. Promulgada: Octubre 11 de 1974. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136925/texact.htm>

un proceso separado del penal y solo requiere que haya sospecha fundamentada de que el bien en cuestión es producto o instrumento del crimen.

2. EXPROPIACION

Marienhoff la define como “...el medio jurídico en cuyo mérito el Estado obtiene que un bien sea transferido de un patrimonio a otro por causa de utilidad pública previa indemnización...”³⁹

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “La expropiación es un acto unilateral de poder de la autoridad expropiante por el cual ésta adquiere la propiedad del bien declarado de utilidad pública sin el concurso de la voluntad del expropiado y sin otro presupuesto legal que el pago de la indemnización debida por el desapropio.”⁴⁰

Tomando las definiciones presentadas, podemos concluir que la expropiación es una institución de derecho público, utilizada por causa de utilidad pública calificada por ley y por la cual el titular adquiere un pago justo a modo de indemnización por verse obligado a entregar dicha titularidad de su propiedad al Estado.

En Argentina está identificada en el artículo 17 de la Constitución Nacional, y a su vez contamos con una ley especial de expropiación, n° 21499, la cual refiere en su artículo 4 que “puede ser objeto de expropiación todos los bienes convenientes o necesarios para la satisfacción de la utilidad pública, cualquiera sea su naturaleza jurídica, pertenezcan al dominio público o al dominio privado, sean cosas o no”.

Analicemos si sería factible aplicar esta figura para recuperar activos. En el Artículo 17 de la Constitución Nacional, se indica que debe ser por causa de “utilidad pública”, o sea nada tiene que ver la lucha contra la delincuencia, si bien la utilidad pública no tiene sus alcances debidamente marcados, se considera que son bienes idóneos para satisfacer una necesidad generalizada que se traduce en bien común. Así mismo se exige que la

³⁹ Marienhoff, Miguel S. (1997) Tratado de Derecho Administrativo. Ob. cit; pág. 127

⁴⁰ C.S.J.N. Trans. American Aeronautical Corp. c/ Dirección General Impositiva. Fallos 308:2359.

utilidad pública deba existir al momento de sancionar la ley que la califica, en palabras de Marienhoff “No es potencial sino actual, no puede expropiarse para el futuro...”⁴¹

Entonces, lo que el artículo 17 de la C.N. nos señala es que en primer momento la utilidad pública se da como garantía para el derecho de propiedad del expropiado y a su vez de causa suficiente al acto legislativo y entonces no tendría cabida a utilizarse como castigo.

Como segundo requisito, tenemos la previa “indemnización”, que es otra de las garantías reconocida por ley debiendo ser justa y previa de carácter sustitutiva. El pago de la indemnización deberá cubrir el valor objetivo del bien, más los daños que conlleve dicho cambio de titularidad.

Este requisito es de carácter constitucional indispensable e insustituible, ya que no es posible expropiar sin indemnización previa. En consideración Marienhoff expresa: “Una expropiación sin indemnización, o sin adecuada indemnización, no es otra cosa que una confiscación: de ahí su antijuridicidad”⁴²

Siendo la indemnización una condición esencial de la expropiación, si se utilizara para recupero de bienes por de actos delictivos, el titular del bien (siendo en este caso el delincuente) podría solicitar que se le pague la indemnización y el daño, o si pasa los cinco años y tal como indica la ley no se cumple la causa de utilidad pública que se devuelva el bien.

Se concluye que, utilizar el régimen de expropiación para el recupero de bienes objeto de hechos ilícitos desvirtuaría la institución, pudiendo incluso transformarla en otra que se encuentra totalmente vedada por nuestra Constitución Nacional, siendo la confiscación.

⁴¹ Marienhoff, 1997, ob. cit. página 167.

⁴² Marienhoff, 1997, ob. cit. página 243.

3. CONFISCACION

Es una institución antigua por el cual se privaba de todos los derechos de propiedad y otros derechos reales al afectado, dejando la totalidad del patrimonio a favor del Estado, lo cual era independiente de si proviene o no de un delito.

La confiscación se diferencia principalmente de la expropiación, porque la pérdida de la propiedad privada en la confiscación se realiza sin el pago de la justa indemnización que exige la Constitución y la ley, además la expropiación es solo por causa de utilidad pública o interés social, además de ser el único instrumento legal del Estado democrático.

Esta herramienta jurídica, nos muestra la evolución de la sociedad y de sus leyes. En sus comienzos se utilizó como castigo a opositores políticos y a la vez para obtener recursos para el fisco. Luego la iglesia cristiana, hereda el sistema aplicándolo a motivos religiosos, en el medioevo se continuó usando en discordias religiosas y también civiles; los nobles continuaron el ejemplo y hasta la revolución Francesa se consideró un privilegio de los reyes.

Para nuestro país la confiscación queda borrada para siempre del Código Penal Argentino (art 17), esta garantía, dictada “para siempre” según el jurista Carlos Bidegain es “pétrea” y no podrá suprimirse nunca, ni siquiera por una reforma constitucional.

La confiscación es entonces un acto jurídico que implica la cesación del derecho adquirido de manera lícita sin ninguna contraprestación. Desde luego, esta herramienta no es alternativa para el recupero de activos, toda vez que el Estado estaría actuando fuera de sus atribuciones y en función legítimo del propietario, por esta razón es que quedo expresamente prohibida en nuestra legislación para proteger el derecho a la propiedad.

4. LEY DEL ARREPENTIDO

Este apartado consiste en un análisis de la reforma que efectuó la ley 27304 al artículo 41 ter del Código Penal Argentino, extendiendo la figura del arrepentido a los delitos en

casos relacionados, principalmente, con la criminalidad compleja y organizada, como trata de personas, narcotráfico, terrorismo, secuestro extorsivo, asociación ilícita, delitos económicos y financieros, y todos los de corrupción.

El arrepentido es la persona que participa en un delito pero durante el proceso penal decide dar información para ayudar a la justicia, ¿Quiénes pueden ser arrepentidos? Antes de la ley 27304 el artículo decía que solo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen. El texto actual se modificó refiriendo que la información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido participe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido.

La ley del arrepentido, fue incorporada sobre todo para su aplicación en los casos de corrupción, de lo cual ya analizamos las particularidades que representa frente a otros delitos “comunes”.

Veamos algunas preguntas para entender la ley.

- 1) ¿Qué beneficios obtiene el arrepentido?, se reduce la pena.
- 2) ¿Quiénes quedan excluidos de la posibilidad de ser arrepentidos?, los funcionarios y ex funcionarios públicos susceptibles de juicio político.

Esta ley establece a su vez, algunas limitaciones: 1) la reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa; 2) los acuerdos previstos en esta ley y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investigan delitos de lesa humanidad.

El trámite de la ley del arrepentido en el Congreso estuvo marcado por asiduos debates, ya que se trata de una figura que alcanza, sin dudas, a los mismos funcionarios públicos que forman parte de los grupos políticos que la votan. Ello porque como dijimos, el debate se montó principalmente en derredor de la necesidad de mejorar la investigación en los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública.⁴³

⁴³ González Da Silva, Gabriel, Comentarios al nuevo régimen legal del arrepentido en los “delitos de corrupción”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VII, Nº 01, febrero 2017, págs. 19 a 30.

Lo primero que se me viene a la mente es ¿son los corruptos, los mismos que participan en los procesos para la reducción de los niveles de corrupción?, se trata de una paradoja político-criminal.

Se puede llegar a la conclusión que la figura del arrepentido, tiene como intención formar una herramienta para la lucha contra la corrupción que tiene como fin último bajar los niveles de esta problemática político-social.

Hay que destacar que la ley del arrepentido viene de la mano con otras figuras como las de testigo protegido o encubierto, agente encubierto, agente revelador e informante y la entrega vigilada. También forma parte, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la que ya hemos hecho referencia.

En la normativa argentina se denomina “ley del arrepentido” porque en su texto se utiliza más de una docena de veces la expresión imputado arrepentido. En otros países como en Brasil se dio el nombre de colaborador eficaz, delator premiado o colaborador premiado.

A. COLABORADOR PREMIADO EN BRASIL

El modelo brasileiro tiene diferencias con el argentino, algunas de ellas son:

- En Brasil el arrepentido además de una reducción de pena, puede obtener el “perdón judicial”, es decir la extinción de la pena.
- No obliga a incriminar a un imputado con igual o superior jerarquía, como ocurre en argentina.
- El texto brasileiro no tiene una excepción para ser arrepentido.

Quienes están a favor de esta ley, ven en ella un método eficaz de combatir el crimen, pero están quienes cuestionan su constitucionalidad.

Un sector de la doctrina brasileña formula múltiples cuestionamientos, tanto de orden constitucional considerando que vulnera el debido proceso, la defensa en juicio y condiciona al imputado a declarar contra sí mismo.

La colaboração premiada, dice Coutinho Jacinto Nelson de Miranda⁴⁴ es una cuestión típica de momentos de crisis.

En el país vecino, la delação premiada es un tema de debate, sobre todo después de la operación conocida como “Lava-Jota” (lavadero de autos), donde diversas personas implicadas en sofisticadas técnicas de corrupción, lavado de activos y asociación ilícita han prestado colaboración a la justicia y otorgado información valiosa obteniendo a cambio reducciones de pena.

¿Qué cambio con la operación Lava-Jota?

La identificación de los involucrados, hizo que otros involucrados también decidieran colaborar con las investigaciones, promoviendo un efecto domino, entre 2014 y 2017, 159 acuerdos fueron aprobados por la Corte Suprema Federal y 158 fueron aprobados en primera instancia.

La ley nº 12850/13⁴⁵, especifico procedimientos de investigación y medios para obtener evidencia que podría adoptarse en la lucha contra el crimen organizado. Por otro lado prevé, que en el caso de que exista indicios suficientes de que un funcionario público integre una organización criminal, el juez dispone su apartamiento cautelar del cargo, empleo o función, sin perjuicio de mantenerse su remuneración. La condena firme acarrea al funcionario público la pérdida de su cargo y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por ocho años.

El colaborador premiado es un instituto que se puede encontrar en ocho leyes brasileras específicas diferentes, como las Leyes: Drogas, Crímenes atroces, Delitos contra la orden tributaria, Relaciones económicas y de consumo, Crímenes contra el sistema financiero nacional, Delincuencia organizada, Delitos de lavado de dinero, represión de drogas, Programa de víctimas y testigos y, por último, en el Código Penal en lo que respecta al delito de extorsión mediante secuestro.

Una de sus principales característica es la posibilidad de obtener el perdón judicial, Mirabete explica que: El perdón judicial es un instituto a través del cual el juez, si bien reconoce la coexistencia de los elementos objetivos y subjetivos que constituyen el

⁴⁴ Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. Boletín Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, a. 13, n. 159, p. 7-9, año. 2006.

⁴⁵ Ver en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

delito, no aplica la pena siempre que presente ciertas circunstancias excepcionales previstas por la ley y que hagan innecesaria la imposición de la pena. Es una facultad del magistrado, que puede otorgarla o no, según sus criterios, y no el derecho del acusado. Sin embargo, hay posiciones en la dirección opuesta.⁴⁶

Es decir que el perdón judicial, está determinado por ley bajo circunstancias especiales evaluadas por el juez. La doctrina plantea que si se cumplen los requisitos legales podría convertirse en el derecho subjetivo del demandado, y se plantea si el perdón judicial es una sentencia declarativa de la extinción del castigo o más bien es una condena.

Esta duda, fue aclarada por la Corte Superior de Justicia, según el precedente: “*STJ Súmula n° 18 - 20/11/1990 - DJ 28/11/1999. La sentencia de perdón judicial es declarativa de la extinción del castigo, y no tiene efecto de condena*”.

Por otro lado, hay quienes consideran que obtener evidencia de esta forma es poco ético. Considerando a el colaborador como un traidor que entrega a sus compinches a cambio de beneficios legales, y que por esto, sus declaraciones no deben ser consideradas.

Otras de las críticas, se centra en que a pesar que la ley impide al juez participar de las negociaciones realizadas entre las partes para formalizar el acuerdo de colaboración, que puede ser concretada incluso entre la policía, la persona investigada y su defensor; es el mismo juez que homologa el acuerdo de colaboración el que lidera y decide los procesos de investigación y medidas cautelares.

Al igual que en Argentina, en Brasil suele ocurrir que en las investigaciones penales vinculadas a la corrupción tiene una duración escandalosa, al igual que sus resultados que por lo general derivan en la impunidad de los involucrados o en condenas irrisorias, además de no poder recuperar ni un centavo en favor del Estado.

Los mecanismos de investigación tradicionales no hacen más que disipar pruebas e indicios, extender indeterminadamente los procesos y darles el tiempo suficiente a los verdaderos responsables para que se deshagan de las evidencias que los incriminan y distraigan el patrimonio habido en forma ilícita a efectos de que nunca más pueda ser

⁴⁶ Mirabete, Julio Fabbrini. Manual de Derecho Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, año 2005.

recuperado, más si a la postre por ellos usufructuado, o por sus hijos, o por los hijos de sus hijos.⁴⁷

No puede negarse los resultados de la “declaración premiada” obtenidos efectivamente en la investigación del crimen organizado y el caso “Lava-Jato” constituyo un claro ejemplo, a poco años de su inicio ha permitido aplicar las primeras condenas de efectivo cumplimiento y recuperar parte de los activos.

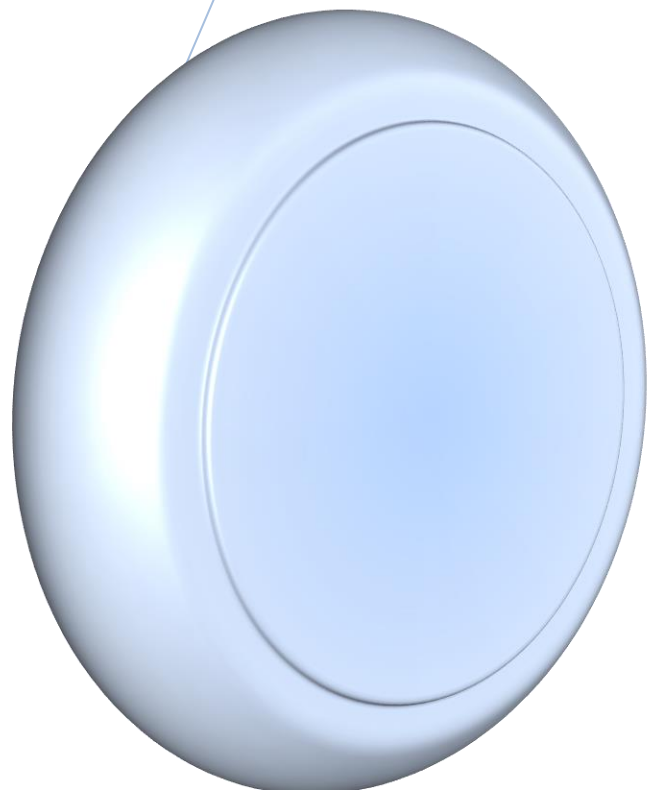
⁴⁷ González Da Silva, Gabriel, Consideraciones sobre la operación “Lava jato”. Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e “impeachment” en el Brasil, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 05, junio 2016, págs. 201 a 213.



PARTE II

“La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar los defectos de las leyes. Es la receta con la que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo. La ley es un Dios mudo: habla siempre por la boca del magistrado”

Bases y puntos de partidas para la organización de la República Argentina. Juan Bautista Alberdi



CAPITULO I

ANALISIS DE LA ACCION CIVIL DE EXTINCION DE DOMINIO EN ARGENTINA

"Las mafias se llevaron plata que es de todos los argentinos. Plata que necesitamos para seguir combatiendo la inseguridad, construir escuelas y jardines", expresó el ex presidente Mauricio Macri, en un breve discurso en la Casa Rosada. "La Justicia Penal tiene instrumentos para recuperar estos bienes, pero son lentos".

1. OBJETIVO

Cuando un país carece de normativas eficaces destinadas para contrarrestar, desalentar o castigar las organizaciones criminales, es fácil caer en la conclusión de que es un país permeable a todo tipo de corrupción, narcotráfico y crimen organizado en todas sus vertientes. Ante estas consecuencias, y en un momento en que la corrupción política que siempre existió, comienza a salir a la luz; el Poder Ejecutivo Nacional a principios del año 2019 sancionó el Decreto de Necesidad y Urgencia n°62, por medio del cual regula la acción civil de extinción del dominio.

Esta acción civil es de carácter patrimonial, y el Estado cuestionará la titularidad de un bien a raíz de una sospecha fundada; siendo la finalidad de esta herramienta extinguir por vía de acción civil el derecho sobre bienes que hayan sido mal habidos por efectos de actos de corrupción o crimen organizado, a fin de recuperarlos en beneficio a la sociedad.

Es esencial marcar que la corrupción en el ámbito de los funcionarios públicos, mediante el cual se desvían fondos públicos destinados para potenciar y cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales de la sociedad, se traduce en la falta de medicamentos en los hospitales, deficiencia en la educación, mayor delincuencia en la calle, en fin una regresión de los derechos ganados y desconfianza de las instituciones públicas.

La capacidad del poder judicial frente a las numerosas causas de tema de corrupción es altamente ineficiente tanto en la parte investigativa como en la aplicación de la sanción.

En una entrevista con el diario La Nación⁴⁸ el juez federal Sebastián Casanello se refirió a la lentitud en la investigación de la causa de lavado de dinero que involucra al empresario Lázaro Báez, “Si uno busca los estudios sobre la demora en las causas de corrupción, el tiempo promedio de la instrucción es de siete años. A mí me llamaban tortuga a los pocos meses de haberse iniciado esta causa. Y es una causa que con tres años ya tiene varios procesamientos”.

Citando al Dr. Julio Maier, “Unos de los problemas de la administración de la justicia de nuestros días y que de alguna manera se extiende universalmente. Es la excesiva e increíble prolongación temporal en el lapso que media entre el reclamo ante los tribunales y la decisión firme ejecutorial e incluso ejecutable en el caso de no cumplirse el mando originado en la sentencia voluntariamente”⁴⁹

Muchos de los procesos en causas de corrupción demoran más de 10 años, por lo cual a veces termina en prescripciones, esto genera que en la sociedad se implante el sentido de impunidad.

Según un informe sobre los procesos judiciales en materia de corrupción de la Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP), la Asociación Civil por la igualdad y la Justicia (ACIJ) y el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE). En un total de 21 causas relevadas se desprende el promedio de duración de los expediente de 11 años, de esos 21 expedientes 15 llegaron a la etapa de juicio, de estos 15 se resolvieron de la siguiente manera: 9 no tuvieron resolución al momento de finalizar el relevamiento, 3 se declararon prescriptos y solo 3 llegaron al juicio oral o abreviado.

En fin, el objetivo buscando mediante la elaboración de un nuevo sistema procesal civil, es lograr una figura jurídica eficiente e inmediata capaz de corregir una serie de anomalías de las normas ya existentes para atacar al crimen organizado y a la corrupción como puntos principales, y del mismo modo cumplir con las convenciones

⁴⁸ Ver en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/casanello-la-causa-baez-podria-ir-a-juicio-antes-de-fin-de-ano-nid1901312>

⁴⁹ Maier, Julio. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 15 de julio de 2015. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derecho-y-cienciaspol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>

internacionales donde la Argentina como estado parte acordó mecanismos de cooperación y herramientas para el recupero de los bienes y otros beneficios derivados del producto del delito.

2. NATURALEZA JURIDICA

El artículo 1° de la ley identifica que es una acción civil de extinción de dominio que se declarara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso judicial, no pudiendo acumularse a ninguna pretensión.

Nos encontramos con tres características:

- Civil
- Autónoma
- Independiente

Lo que se pretende marcar es la autonomía e independencia del derecho penal, porque no es una pena, ya que procede independientemente del juicio de culpabilidad del afectado; y del proceso civil porque no se circunscribe a la órbita patrimonial del particular sino al interés público.

A su vez, es una acción de carácter real, se demuestra en el artículo cuando indica “procede respecto de cualquier derecho, principal o accesorio, sobre los bienes descriptos en el presente régimen”, independientemente de quien tenga el poder de ellos.

En conclusión es un instituto jurídico sui generis, no depende de otro juicio procesal en trámite o concluido, es irrelevante la sentencia penal condenatoria o determinar la responsabilidad del afectado, no impone sanciones penales. A pesar de ello veremos que recurren directa o subsidiariamente a normativa procesal penal y civil.

3. COMPETENCIA

Será competente la Justicia Federal con competencia en lo Civil y Comercial del domicilio del demandado o de aquel donde se encuentren ubicados sus bienes, a elección de la parte actora.

La cuestión es que el Juez civil está obligado a fundamentar su sentencia sobre bases de cuestión exclusivamente de competencia penal, que es confirmar si los activos tuvieron como origen un delito específico, pudiendo provocar una situación de litispendencia o de sentencias contradictorias.

Por su parte el Ministro Garabano (en una nota a infobae) defiende el decreto manifestando que se eligió el Fuero Civil y Comercial Federal, porque son jueces de bajo perfil, muy técnicos, que dan garantías de un tratamiento no contaminado por la política. Esto significa que los procesos de extinción de dominio salen de la órbita de los jueces de Comodoro Py del fuero penal federal, a los que el Gobierno busca recortarles poder.

Un punto a tener en cuenta es que, para que proceda la demanda de extinción de dominio y el Juez Civil sentencie se necesita previamente que un Juez Penal haya dictado alguna medida cautelar sobre el bien, por su presunta vinculación con el delito.

4. INVESTIGACION, IDENTIFICACION Y LOCALIZACION DE BIENES

El proceso consta de dos grandes etapas: una fase inicial o pre procesal, donde se realizan las funciones de investigación, y la otra fase es la procesal que se iniciará a partir de la presentación de la pretensión de extinción de dominio.

La fase inicial está dada por la facultad para realizar investigaciones de oficio, para la identificación y localización de los bienes que pudieran provenir de un delito. La investigación será realizada por una Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional, junto con los fiscales competentes.

La investigación se realizara a fin de:

- a) Identificar, individualizar y ubicar los bienes de interés económico para el Estado, que se encuentren en un presupuesto de extinción de dominio.
- b) Identificar a los posibles titulares de derecho sobre los bienes y averiguar su lugar de notificación.
- c) Desvirtuar la presunción de buena fe.
- d) Reunir los elementos suficientes para acreditar la actividad ilícita desarrollada en el art.6 de la norma, no siendo indispensable probar con total precisión la misma, solo debe haber dudas razonables y suficientes

Para llevar adelante la investigación la autoridad competente podrá utilizar cualquier medio probatorio y técnicas de investigación. La necesidad de ordenar la realización de actos urgentes de comprobación, como por ejemplo utilizar intervención de telecomunicaciones, entre otros resulta ser similar a los actos probatorios en el proceso penal.

La Procuraduría de Extinción de Dominio tiene la facultad para requerir información a todas las áreas del Estado Nacional como también a entidades públicas y privadas, las cuales no podrán negarse bajo ninguna circunstancia. A requerimiento del Ministerio Público Fiscal el juez deberá levantar el secreto fiscal, bancario y bursátil.

En efecto, se requiere la existencia de una investigación en el marco de un proceso penal por determinados delitos tipificados en el Código Penal.

5. PARTES AFECTADAS

La extinción de dominio puede ser demandada por el Ministerio Público Fiscal, y dirigida a cualquier persona humana o jurídica.

Las personas son el componente fundamental en toda relación jurídica, pudiendo existir relación jurídica entre personas humanas como así también con personas no humanas, siendo estas personas jurídicas, entidades o creaciones del derecho, como así lo refleja el artículo 141 del Código Civil y Comercial “son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”

“La cuestión de si las personas jurídicas pueden o no cometer delitos y sufrir penas, ha sido vivamente controvertida”⁵⁰ Conforme a el antiguo art. 43 del Código Civil de 1871 famoso por su desacierto, negaba de la manera más categórica la responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus miembros o administradores”⁵¹

Actualmente la ley establece que las personas jurídicas pueden tener responsabilidad penal en los siguientes hechos:

- cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (art. 258 y 258 bis. C.P.)
- negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265 C.P.)
- concusión (art. 268 C.P.)
- enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. (art. 268 C.P.)
- balances e informes falsos agravados (art. 300 bis C.P.)

Estos delitos deben cometerse en beneficio de la persona jurídica, en caso que no se obtenga beneficio ni provecho no tiene responsabilidad penal. También pueden quedar libradas de las sanciones cuando denuncien espontáneamente los delitos conocidos mediante investigación interna y devuelva el beneficio indebidamente obtenido.

En fin, los afectados son todos aquellos que estén ostentando la tenencia, posesión titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de extinción de dominio. En este sentido se reafirma el reconocimiento de los derechos constitucionales, entendiendo que los bienes o derechos adquiridos con capital ilícito no adquieren legitimidad ni gozan de protección legal, y tampoco aquellos que a pesar de ser adquiridos lícitamente, por tener origen criminal.

El primer párrafo del artículo 4° de la ley de extinción de dominio concluye indicando que procederá sobre los bienes de las personas que se encuentren o no imputadas en la investigación penal. Puede interpretarse que al aludir a personas no imputadas, hace referencia a terceros subadquirente, ya que en principio estos no cometieron delito.

⁵⁰ Llerena, Baldomero Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino Buenos Aires 1899, 2ª: Edición, tomo I pág. 105

⁵¹ Borda, Guillermo A. La reforma de 1968 al Código Civil, Ed. Perrot, Buenos Aires, pág. 70.

6. BIENES INCLUIDOS

En el campo del Derecho, el bien es aquello que la persona humana o jurídica puede tener y hacerlo suyo para su uso o disfrute; estos bienes son los que integran el patrimonio de una persona.

Podemos citar al profesor Castán que manifiesta: “el patrimonio, entendido como un conjunto de relaciones jurídicas, tanto pasivas como activas, valuables en dinero, que corresponden a un sujeto”⁵²

Los bienes abarcados por la extinción de dominio son:

- Todo bien susceptible de valoración económica, mueble o inmueble, tangible o intangible, registrable o no, los documentos o instrumentos jurídicos que acrediten la propiedad, o cualquier otro activo susceptible de apreciación pecuniaria;
- La transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes;
- Los ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los bienes.

Estos bienes deben encontrarse incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha del presunto delito investigado, refiriéndose necesariamente a la investigación en el marco del proceso penal, que por corresponder un incremento injustificado se considera que provienen directa o indirectamente de un delito. Nótese que nuevamente encontramos de manifiesto la dependencia que este proceso tiene respecto al proceso penal.

En conclusión, “Los instrumentos del delito son los objetos intencionalmente utilizados para cometer el delito consumado o tentado”⁵³. Entonces, deben ser objeto del delito todos los bienes materiales susceptibles de valor que hayan sido utilizados para cometer un delito, como por ejemplo el auto en que se traslada drogas ilegales.

En relación a esto, Zaffaroni indica que se incluye como bienes susceptibles de extinción de dominio los que han sido utilizados dolosamente para cometer el delito, pudiendo tratarse de cosas que pertenecen al autor como a los partícipes, dado que lo único que queda excluidos son los terceros no responsables, aclara además que puede

⁵² Castán Tobeñas, J. (1975). Derecho civil español común y foral. Madrid: Reu. Pag. 144

⁵³ C.C.C., 22/9/31, Fallos t. II, p. 36, C.C.C., 10/11/39, Rev. LA LEY, t. 16, p. 1011.

tratarse del instrumento utilizado para el acto consumativo como para actos de agotamiento.⁵⁴

De forma común en todos los países de la región, la extinción de dominio procederá sobre causales o presupuestos de origen y de destinación, en los que se resalta no la condición de inocencia o culpabilidad, sino el origen de los bienes y su nexo con la actividad ilícita.

- a) Bienes que sean producto de actividades ilícitas: implica la acreditación de ilegalidad del bien, el origen maligno de los bienes que puede ser directo o indirecto de una o más actividades ilícitas. Serán producto directo del delito el dinero por la venta de estupefacientes, y será indirecto el auto o casa que se compre con ese dinero.
- b) Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas: son aquellos utilizados o destinados de cualquier forma para cometer o facilitar un delito, sin importar si su adquisición es legítima. Por ejemplo el depósito donde se guarda estupefacientes o una casa que es utilizada para explotación de víctimas sexuales.
- c) Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas: este es el caso del dinero en ocasión del lavado de activos.
- d) Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objetos de actividades ilícitas: implica una transformación dolosa, es decir que se hace sabiendo que los productos que se transforman son de actos delictivos. La transformación puede ser física como cuando el dinero del ilícito se invierte en joyas, o jurídica en el caso de las permuta de bienes.
- e) Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia: es decir que se modificó su estructura original para cumplir con el fin de ocultamiento, por ejemplo modificar el piso de un vehículo para ocultar productos ilegales.
- f) Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia: corresponde a que a sabiendas de conocer sobre la inyección indebida de activos de origen ilícito no se opuso a la confusión de capitales, lo cual hace imposible la

⁵⁴ Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, Manual de derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Ediar 2005. p. 943.

separación de ambos bienes o difícil de conocer el efecto económico si no se hubiera realizado la mezcla. Es el caso de un funcionario corrupto que mezcla sus ahorros con el producto de una malversación de fondos para terminar la construcción de una casa.

- g) Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas: supone que los bienes no son proporcionales a la capacidad económica y adquisitiva de quien se dice su titular, claramente sería el enriquecimiento ilícito.
- h) Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes: es decir que recae sobre las utilidades de las sociedades, los intereses de los productos financieros, bonos o acciones, alquileres percibidos por los bienes, etc.
- 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: la regla general de la extinción de dominio es que se impone sobre bienes de origen ilícito, pero ante la imposibilidad de su afectación se procede sobre bienes por valor equivalente o los adquiridos lícitamente.
- 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 bien⁵⁵

7. PROCEDENCIA - DELITOS

La ilicitud es una conducta repudiada por el ordenamiento jurídico, ya sea una conducta prohibida o de una conducta distinta a la esperada.

La antijuridicidad específicamente civil, es la transgresión de una norma de dicha naturaleza. Un caso típico de ilicitud civil es el “lato sensu” siendo un incumplimiento de la obligación generada por un contrato o cualquier otro acto, que se corresponde con

⁵⁵ ARTÍCULO 11.: Sentencia de extinción de dominio. e) En caso de que se determine un incremento patrimonial que no pueda desvincularse de un patrimonio constituido en forma previa a los hechos investigados, o que el bien o el derecho haya sido transferido a favor de un tercero de buena fe y a título oneroso, deberá determinar su valor en dinero para su ejecución; RÉGIMEN PROCESAL DE LA ACCIÓN CIVIL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. Decreto 62/2019.

la sanción de indemnizar los daños y perjuicios (CCyCN art. 1738, art 767 y concordantes). También pueden citarse otros ejemplos como el incumplimiento de los deberes de un padre con su hijo es un hecho castigado con la privación de la responsabilidad parental (CCyCN art. 700).

Por otro lado tenemos la acción penal que actúa ante hechos punibles, es decir la realización de una acción u omisión que se encuentra tipificada en la ley penal como conducta punible, debe estar descrita en la ley, ya que el derecho penal no admite la aplicación de la analogía.

La dogmática penal nos plantea que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, añadiéndose en general la exigencia que sea punible. La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana⁵⁶

La extinción de dominio surge del nexo de los bienes que son producto de las actividades ilícitas relacionadas con los delitos taxativamente detallados en el artículo 6 del Régimen de Extinción de dominio.

- El que cultivare, guardare, produzca, fabrique, extraiga, prepare, comercialice, transportare, distribuya, suministre, introduzca al país, cualquier estupefaciente o materia prima.
- Los que organicen o financien las actividades antes nombradas.
- El que estando autorizado para la producción, fabricación, extracción, preparación, importación, exportación, distribución o venta de estupefaciente los tuviera en cantidades distintas de las autorizadas.
- El funcionario público dependiente de la autoridad sanitaria con responsabilidad sobre el control de la comercialización de estupefacientes que no cumpla con sus deberes.
- El que importare o exportare en horas o lugar inhabilitados impidiendo el control aduanero cuando se tratare de elementos nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales de guerra.

⁵⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanch Valencia, 2002, p. 203

- El que cometiera un delito con el fin de aterrorizar a la nación u obligar a las autoridades públicas a realizar o abstenerse de un acto.
- El que promociere o facilite la corrupción de menores de 18 años.
- El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona.
- El que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligarla hacer o no hacer algo contra su voluntad.
- El que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación.
- El que sustrajere, retuviere u ocultare a una personas para sacar rescate.
- El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.
- El funcionario público que recibiere dádiva para retardar o dejar de hacer algo.
- El funcionario público que realice malversación de caudales públicos.
- El funcionario público que realizare negociaciones incompatibles con el ejercicio de sus funciones públicas.
- El juez que dictare resoluciones contrarias a la ley.
- El que participe en encubrimiento, eludir investigaciones de la autoridad, ocultare o alterar rastros o pruebas del delito, no denunciare la perpetuación de un delito, ayudare al autor o participe.
- El que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier modo pusiera en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal.
- El que tomare parte en una asociación o banda destinada a cometer delitos.

El instituto de la extinción de dominio no es aplicable a cualquier acto punible ya que desnaturalizaría el instituto, solo se ejerce ante aquellos que causaren enormes pérdidas para el Estado, afectando gravemente a las instituciones democráticas y republicanas del país. Es por esto que no se entiende el motivo de excluir del listado los delitos tributarios.

Estas causales indican que el ser poseedor del título de un bien, no nos garantiza la conservación de la posesión, siendo necesario para ello comprobar que dicho bien y sus ganancias o frutos surgieron de una adquisición lícita.

8. MEDIDAS CAUTELARES

Desde el punto de vista del régimen de extinción de dominio podemos decir que el trabajo para recuperar los bienes del ilícitos cuenta con cuatro etapas: 1- la investigación del patrimonio, 2- las medidas cautelares, 3- administración de activos cautelados, 4- extinción de dominio.

Palacio, nos indica que el proceso cautelar “es aquél que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”⁵⁷.

Los procesos judiciales demandan tiempo considerable y son varias las etapas hasta llegar a la sentencia definitiva. Es por ello que se produce la actividad preventiva asegurando de forma provisoria que durante el tiempo que demande el trabajo jurisdiccional no perjudique o grave el menoscabo sufrido al derecho que le asiste a la parte, ya que de caso contrario podría provocar que la sentencia resulte ineficaz.

Las medidas cautelares están vinculadas a una situación de urgencia a fin de resguardar los derechos de los particulares frente a la lentitud del proceso judicial.

En nuestro ordenamiento, existen distintas medidas cautelares y diferentes criterios de su naturaleza jurídica, Di Iorio⁵⁸ sostiene que el instituto cautelar no es autónomo, en la medida que importa una actuación procesal vinculada a un proceso principal, en cambio Reimundín⁵⁹ tiene la postura de que el proceso cautelar es totalmente autónomo e independiente como proceso.

Según lo estudiando podemos concluir que las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismo, ya que se hallan ordenadas a asegurar la eficacia de una sentencia posterior.

En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación encontramos las siguientes medidas cautelares: el embargo preventivo, el secuestro, la intervención judicial, la

⁵⁷ Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, 14° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, ps. 773-774.

⁵⁸ Di Iorio, Alfredo, “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”, LL 1978-B, 152.

⁵⁹ Reimundín, Ricardo “Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia”, en Revista del Colegio de Abogados de la Plata, nº 22, p. 95 y ss.

inhibición general de bienes y anotación de la Litis, la prohibición de innovar, la prohibición de contratar, la protección de las personas.

Además de estas medidas, el juez tiene la facultad de dictar alguna otra medida cautelar no prevista cuando lo considere verdaderamente necesario.

En la propuesta dictada por las Naciones Unidas, Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, se contemplan tres medidas cautelares para el proceso: 1) Suspensión del poder dispositivo, 2) Embargo preventivo o incautación, 3) Aprehensión material. Las medidas cautelares se ejecutaran independientemente de quien sea el titular del bien. No se exigirá caución a la autoridad competente para solicitar o disponer medidas cautelares⁶⁰. Lamentablemente la ley modelo no define claramente estas medidas por considerar que son entendidas por todos.

El código Penal argentino art. 23 permite que el juez adopte medidas cautelares desde el inicio de las actuaciones para asegurar tanto el instrumento del delito como su producto o provecho; y en el Código Procesal Penal argentino indica que “las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen” art. 518.

El Régimen de Extinción de Dominio argentino plantea las medidas cautelares que son las del código Procesal Civil y Comercial antes mencionadas. Se materializan teniendo en cuenta los presupuestos legales para legitimar su imposición, tales como:

- Que sea de interes económico para el Estado.
- Que la necesidad de imponer una medida cautelar devenga de elementos que acrediten indicios sobre el nexo del bien identificado con actividad ilícita.
- Que no imponer la medida cautelar implique que el bien corra riesgo de destruirse, ocultarse, transformarse o transferirse el dominio.
- Que la medida resulta la mas idonea y menos gravosa para el titular del bien.

⁶⁰ Artículo 16. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio.

9. DEMANDA Y SENTENCIA

Con el dictado de las medidas cautelares, queda habilitada la presentación de la demanda de extinción de dominio, acompañando con documentación probatoria y pericia con las que se cuente, la autoridad competente formulará la pretensión la cual contendrá:

- a) Argumentos de hecho y de derecho que fundamente los presupuestos de la extinción de dominio.
- b) La identificación, localización y ubicación de los bienes.
- c) Todas las pruebas que apoyan a la pretensión.
- d) El detalle de las medidas cautelares adoptadas y la solicitud de nuevas medidas en el caso de que sea necesario.
- e) La información sobre la identidad y ubicación de los eventuales afectados y el vínculo con los bienes.

El juicio se realiza mediante el proceso sumarísimo, es decir que todos los plazos serán de 3 días, con excepción de la contestación de demanda que será de 15 días.

La sentencia de extinción de dominio además de los requisitos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contendrá:

- Fundamento del juzgado de que los bienes fueron incorporados al patrimonio sin una causa lícita.
- La identificación precisa de los bienes.
- La declaración de extinción del bien sin compensación alguna al demandado.
- Los efectos respecto a los derechos existentes sobre los bienes afectados.
- En el caso de que el bien investigado haya sido transferido a favor de un tercero de buena fe y a título oneroso, se deberá determinar su valor en dinero.
- Ordenar la subasta de los bienes.
- En caso de bienes inmuebles y muebles registrables, notificar a los registros correspondientes.
- En el caso de bienes fuera del país, deberá identificarse de manera precisa a fin de que se realice la ejecución de sentencia en la jurisdicción correspondiente.

En el caso de que se rechace la demanda de extinción de dominio, se deberá comunicar al juez a cargo de la investigación penal que dicto oportunamente las medidas cautelares a fin que determine lo que corresponda

10. ETAPA PROBATORIA

No basta con que uno de los litigantes afirme que un hecho ocurrió, además deberá probarlo, los hechos no probados no serán tenidos como existentes al dictarse sentencia “quod non est in actis non est in mundo”.

Salvat afirma que la prueba es “la demostración por algunos de los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho del cual depende la existencia de un derecho” y sigue indicando que “el demandado deberá además: confesar o negar categóricamente los hechos establecidos en la demanda, pudiendo su silencio o sus respuestas evasivas estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieren”. La confesión ficta pues, es un importante elemento de convicción para el juez, pero no releva a la otra parte de probar sus dichos”⁶¹

De acuerdo al principio de congruencia, el juez solo puede fallar sobre hechos alegados y probados, caso contrario sería impertinente así lo dice el art 364 del Código Procesal Civil y Comercial.

¿A cuál de las partes le corresponde aportar la prueba de los hechos controvertidos y conducentes?, según los procesos penales prevalece la presunción de inocencia como garantía constitucional y el debido proceso legal, entonces le corresponde al acusador la tarea de voltear esa presunción de inocencia con pruebas que demuestre la culpabilidad. La culpa y no la inocencia es la que se debe demostrar.

El Código Procesal Civil y Comercial por su parte concuerda con el derecho penal al afirmar en su art. 377 “incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer”.

⁶¹ Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil” (Parte 7Gfisneral). Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Bs. As., 1931, pág.

En el caso de la extinción de dominio, se habla de inversión de la carga de la prueba ya que es la parte demandada quien tiene que cargar con la obligación de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha del presunto delito investigado o el origen lícito de los fondos para adquirirlos.

Si se comparte la postura de que se trata de una acción penal, se estaría violando el principio de inocencia y de la duda razonable en favor del imputado. Si por el contrario consideramos realmente que es de naturaleza civil se estaría violando el principio de que quien alega un hecho controvertido debe probarlo, emanado del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial.

Se puede pensar entonces que se refiere a la carga dinámica de la prueba, ya que el Derecho ha desarrollado una regla indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias, es decir quien tiene la información o prueba al alcance, y resultare más fácil arrimar al proceso. Por ejemplo es más económico que un médico aporte la prueba, en cambio su paciente tendría que recurrir a una denuncia penal para poder lograr un allanamiento de documentos.

En referencia a los medios de prueba, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla los medios de prueba confesional, de informes, testimonial, documental, pericial, y el reconocimiento judicial si fuere necesario.

En el art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra la libertad probatoria, al admitir que la prueba se produzca por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

Se podría sostener entonces que al ser objetos de actos delictivos los que dan origen a la acción de dominio, bien podrían utilizar los medios probatorios del Código Procesal Penal, pero la ley de extinción de dominio indica que los medios probatorios admisibles serán los previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aclarando que no se aplicara la prueba confesional.

Como conclusión, y tomando las palabras de Palacio, siempre se debe trabajar en pos al principio de contradicción siendo aquel que prohíbe a los jueces dictar alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella⁶². Es decir que la decisión judicial debe ser el resultado de un proceso de debate entre las partes contrapuestas ante un tercer imparcial.

11.DESTINO DE LOS BIENES

La administración de los bienes tiene como finalidad conservar y mantener la productividad o valor de los bienes. En Argentina siguiendo las recomendaciones de la ONUDC, durante la tramitación del proceso de extinción de dominio, los bienes muebles e inmuebles sometidos a medidas cautelares quedan a cargo de la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), organismo descentralizado en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros. En cuanto al dinero en efectivo que se encuentren en las mismas circunstancias, serán transferidos a una cuenta especial administrados por el Fondo de Garantía de Sustentabilidad que funciona en la Administración Nacional de la Seguridad Social.

La AABE tiene como objetivo fortalecer la ética y la integridad en la Administración Pública Nacional, garantizando el derecho a la información pública y promover la participación ciudadana.

Ordenada la sentencia como consecuencia de la acción de extinción de dominio y deducidos los gastos de administración y mantenimiento de dicho bien, su producto ingresara a Rentas Generales de la Nación.

Estos bienes recuperados serán designados a fortalecer la inversión en materia de salud y educación pública, programas de prevención de la drogadicción, programas de asistencia, rehabilitación, e inserción social y laboral de los adictos, no pudiendo estos fondos reasignarse a otras partidas presupuestarias ni ser aplicadas a gastos corrientes.

Por otra parte, la Ley 25.246 “Lavado de Activos” dispone en el art. 27 que el producto de la venta de los bienes provenientes de delitos previsto en esta ley, de los decomisos y de las multas serán destinados a una cuenta especial del Tesoro Nacional, a fin de

⁶² Palacio, Lino E.: "Manual de Derecho Procesal Civil", ob. cit, pág. 263.

financiar el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera (UIF)⁶³, los programas previstos en el art. 39 de la ley 23.737⁶⁴, los de salud y capacitación laboral. Quedando exceptuado de lo dispuesto los decomisos ordenados en delitos relacionados a la trata y explotación de personas, en cuyo caso tendrán como destino el Fondo de Asistencia Directa a las Víctimas.⁶⁵

Así mismo, el juez podrá autorizar sobre los bienes afectados con medidas cautelares que sean destruidos cuando sea necesario u obligatorio dada su naturaleza, represente un peligro para el medio ambiente y/o amenacen ruina.

Cuando un bien cautelado, tenga riesgo de perecer, deteriorarse, desvalorizarse o si su conservación genere costos elevados al estado, el Ministerio Público Fiscal podrá pedir al juez la disposición anticipada, es decir la venta anticipada siempre y cuando el afectado exprese su consentimiento, en el caso que no se presenten los interesados procederá sin más a la venta anticipada.

12.PRESCRIPCION

El tiempo ocupa un lugar importante en la esfera del Derecho, ya que determina los efectos jurídicos, delimitando también el ejercicio de un derecho o finalizando la facultad del ejercicio. A pesar de esto, considerando los derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no pueden prescribir por el hecho de ser una acción que afecta gravemente los bienes jurídicos protegidos.

⁶³ Ley 25.246. ARTICULO 5º — Créase la Unidad de Información Financiera (UIF) que funcionará con autonomía y autarquía financiera en jurisdicción del Ministerio de Finanzas, la cual se regirá por las disposiciones de la presente ley. (Expresión “en jurisdicción del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Nación” sustituida por la expresión “en jurisdicción del Ministerio de Finanzas”, por art. 5º del Decreto N° 2/2017 B.O. 3/1/2017. Vigencia: a partir de la fecha de su dictado).

⁶⁴ Ley 23.737 Art. 39. — Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refieren los artículos 25 y 30. Los bienes o el producido de su venta se destinará a la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes, su prevención y la rehabilitación de los afectados por el consumo. El mismo destino se dará a las multas que se recauden por aplicación de esta ley.

⁶⁵ Ley 26.362. Artículo 27, segundo párrafo: “Los decomisos aplicados en virtud de esta ley y aquellos originados en causas de lavado de activos provenientes de los delitos previstos en la presente norma, tendrán como destino específico un Fondo de Asistencia Directa a las Víctimas administrado por el Consejo Federal para la Lucha Contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas cuyo régimen será establecido por una ley especial.”

La acción de extinción de dominio según indica la normativa prescribe a los 20 años, este plazo comienza a correr desde la fecha de ingreso del bien al patrimonio de los titulares o poseedor, pero en el caso que no pueda determinarse, deberá computarse desde la fecha de la presunta comisión del delito investigado.

Pareciera entonces que se pretende aplicar la ley en forma retroactiva, veremos con mayor análisis este tema más adelante en el desarrollo del trabajo, por considerarse un asunto de gran importancia para la seguridad jurídica Argentina.

13.PROGRAMAS DE COLABORACION

Otorga la posibilidad al Ministerio Público Fiscal de desarrollar programas de colaboración de personas que aporten información bajo identidad reservada, el colaborador eficaz tendrá una recompensa de hasta el 10% de los bienes a los que se le aplicará la extinción de dominio.

Hay que considerar que la persona que aporte información de valor a la investigación, debe ser una persona ajena a la causa, caso contrario ya estaríamos hablando de la “ley del arrepentido”⁶⁶, en este caso la recompensa no será pecuniaria, será una reducción de la pena, de delitos como el tráfico de drogas, trata de personas, corrupción, etc.

14.PRINCIPIOS

Puede identificarse a los principios como directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico. Se puede afirmar que son definidos como “las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente acuerdo con la orientación filosófica-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado”⁶⁷

En cuanto al desarrollo del proceso podemos nombrar:

⁶⁶

Ley

nº

27304

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000269999/267115/norma.htm>

⁶⁷ Alvarado Velloso, Adolfo. Lecciones de derecho Procesal adaptadas a la legislación civil y penal de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio. Astrea, 2015, p. 193

- Con relación al juez: exclusividad⁶⁸, independencia⁶⁹, imparcialidad⁷⁰, carácter natural⁷¹.
- Con relación a las partes: defensa⁷², igualdad⁷³.
- Con relación al proceso: legalidad⁷⁴, publicidad⁷⁵, celeridad⁷⁶.

Por su parte, los principios rectores son la Lesividad y peligrosidad por un lado, y el Interés Público por el otro. El primero consagrado en el art. 19 de la C.N. mientras no haya lesión a terceros o a la moral u orden público; en cuanto a la peligrosidad implica

⁶⁸ El principio de exclusividad, supone que ningún poder u órgano que no sean los jueces pueden ejerza las potestades de administración del poder judicial. CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Ley Nº 24.430. Artículo 109.- En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

⁶⁹ La custodia de la independencia como garantía del debido proceso legal requiere cuidados en los órganos judiciales debidos a las constantes y fuertes presiones provenientes del poder político, tanto del Poder Ejecutivo como de los Legisladores. Así la independencia de los jueces exige, por mandato constitucional condiciones especiales para su nombramiento (art. 114 CN), límites para las sanciones disciplinarias y/o destitución e intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110 CN)

⁷⁰ Supone que las personas integrantes de los órganos estatales con competencia para adoptar decisiones públicas, no tengan prejuicios o intereses personales de ningún tipo en relación con las partes en un proceso, que puedan afectar la rectitud de su procedimiento. Los mecanismos más usuales para resolver estas cuestiones son la recusación y la inhibitoria.

⁷¹ La garantía de juez natural expresada en el art. 8 de la CN contiene dos prohibiciones, por un lado impide la creación de fueros personales y por otro lado prohíbe que se cambie o altere la competencia del tribunal que al momento de ocurrir los hechos debían entender en la causa de acuerdo con la ley anterior.

⁷² Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. Ley Nº 24.430.

⁷³ en el campo del proceso, "igualdad significa paridad de oportunidad y de audiencia; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes. La consecuencia natural de este principio es la regla de la bilateralidad o contradicción: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra". ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Lecciones de derecho procesal, Ob. Cit., p.200.

⁷⁴ Excluye la posibilidad de que las partes puedan dejar de lado los requisitos de forma. Tiempo y lugar a que están sujetos los actos procesales, ya que dichos requisitos se encuentran predeterminados en la ley.

⁷⁵ Art. 363. Código Procesal Penal de la Nación. En los procesos penales se garantiza con la oralidad de las audiencias, tal como exige nuestro Código Procesal Penal "el debate será oral y público, bajo pena de nulidad" dejando como excepción "cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad".

⁷⁶ Este principio tiene que ver con la economía procesal, más precisamente apunta a impedir la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos.

un juicio sobre el peligro que represente el bien para el ambiente, la salud o la seguridad pública, a diferencia del derecho penal que corresponde una valoración de la peligrosidad del actor del hecho delictivo. El principio de interés público se refiere que la pérdida de dominio de bienes ilícitamente adquiridos no se encuentra únicamente referida a la afectación del patrimonio del sujeto, sino que está destinada a legitimar la protección del interés público en beneficio de la sociedad, el bien común y la buena fe.

En cuanto a la ley de extinción de dominio, sus principios son:

- *Nulidad ab initio*: al considerarse una adquisición nula desde sus comienzos si se realizó mediante fraude a la ley.
- *Prevalencia*: Las disposiciones contenidas en la Ley, se aplicarán y se interpretarán de preferencia sobre las contenidas en cualquiera otra ley.
- *Autonomía de la acción*. La acción es imprescriptible, distinta e independiente de la persecución y responsabilidad penal.
- *Carga dinámica de la prueba y Principio de solidaridad probatoria*: Quien pretenda algo debe demostrar los hechos constitutivos de sus pretensiones; quien contradice la pretensión del adversario, debe probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión.
- *Retrospectividad*: regula situaciones ocurridas aún antes de su vigencia, por el hecho de no haberse consolidado el derecho de dominio, por provenir de algunas de las actividades ilícitas previstas en la ley.
- *Extraterritorialidad*: puede intentarse contra bienes que se encuentren en el extranjero, y/o adquiridos por nacionales producto de actividades ilícitas y por bienes que se encuentren en territorio nacional en caso de actividades ilícitas o con condenas pronunciadas en el extranjero.
- *Presunción legal*: se presume que los bienes sometidos a la acción de extinción de dominio provienen de las actividades ilícitas.
- *Asistencia y cooperación internacional*: colaboración recíproca en materia de localización, identificación, seguimiento, inmovilización, recuperación, repatriación y extinción del dominio de bienes, con otros países.
- *Informalidad*: las diligencias, citaciones, notificaciones, convocatorias a audiencias se podrán realizar de forma expedita, sea personalmente, por teléfono, fax, correo electrónico u otra forma que facilite su efectiva producción.

15. LA INTEGRACION DE LA EXTINCION DE DOMINIO A LA NORMATIVA ARGENTINA

Al crearse la extinción de dominio surge la necesidad de integrarlo al ordenamiento jurídico argentino, veremos las modificaciones:

- Código Civil y Comercial de la Nación⁷⁷

Art. 1907: *Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena. Se agrega y por sentencia judicial que así lo disponga en un proceso de extinción de dominio.*

- Ley de Concursos y Quiebra⁷⁸

Art. 21: *Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos. Quedan excluidos de los efectos antes mencionados: 1) los procesos de expropiación, los que se funden en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; 2) los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales, salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los artículos 32 y concordantes; 3) los procesos en los que el concursado sea parte de un Litis, consorcio pasivo necesario. Aquí se incorporó el inciso 4) los procesos de extinción de dominio.*

- Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal⁷⁹

Art. 5: *Relaciones con el Poder Ejecutivo: el Ministerio Público Fiscal de la Nación se relaciona con el Poder Ejecutivo nacional por medio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación o el que cumpla dichas funciones. Quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación la representación del*

⁷⁷ Ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

⁷⁸ Ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>

⁷⁹ Ver en: https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf

*Estado o del Fisco en juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo nacional. No obstante, el Poder Ejecutivo nacional, por intermedio del ministro correspondiente, podrá dirigirse al Procurador General de la Nación a fin de coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa de los intereses generales de la sociedad y persecución penal. Indicado estos principios de actuación se agregó como último párrafo **la legitimación activa del Ministerio Público Fiscal de la Nación en el régimen de extinción de dominio a favor del Estado Nacional queda incluida entre sus funciones.***

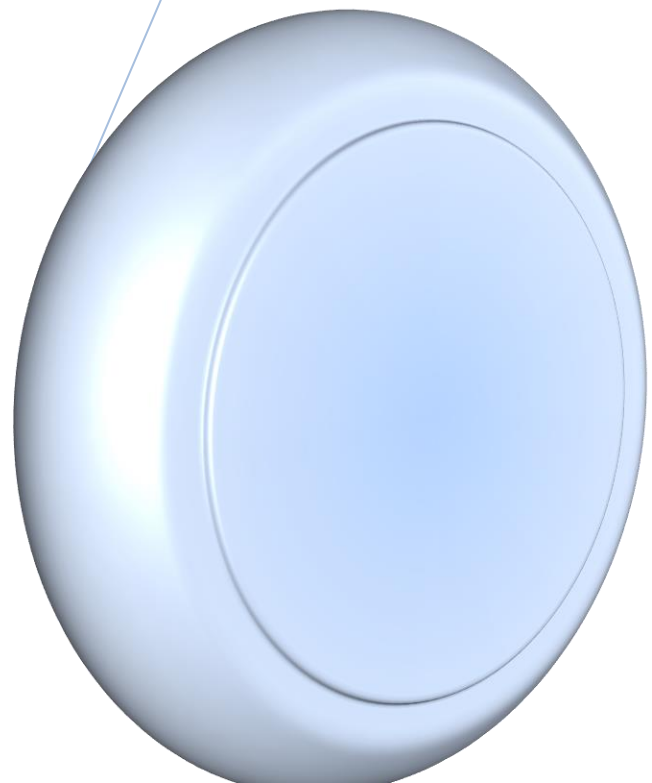
*Art. 22 Procuraduría especializadas: La Procuración General de la Nación contará con las siguientes procuradurías especializadas de un modo permanente: a) Procuraduría de investigaciones administrativas; b) Procuraduría de defensa de la constitución; c) Procuraduría de crímenes contra la humanidad; d) Procuraduría de criminalidad económica y lavado de activos; e) Procuraduría de narco criminalidad; f) Procuraduría de trata y explotación de personas; g) Procuraduría de violencia institucional. Uniéndose como procuraduría especial la **h) Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional.***



PARTE III

“El fin de la ley no es abolir o restringir, sino preservar y ampliar la libertad. Porque en todos los países donde haya hombres en estado de derecho, donde no hay ley, no hay libertad”

John Locke



CAPITULO I

DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA EXTINCION DE DOMINIO

1. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

En primer lugar, una aclaración de los conceptos de propiedad y dominio, ya que suelen confundirse. Llambías⁸⁰ diferencia estos conceptos, identificando a la propiedad como genero y el dominio como especie de ese genero.

Queda claro entonces que la palabra propiedad se refiere a todos los derechos susceptibles de apreciacion pecunaria, y que el dominio es el derecho de propiedad sobre las cosas.

Una de las figuras que más preocupa en la aplicación de extinción de dominio, es el derecho a la propiedad privada, es importante examinar la posible vulneración al derecho.

La propiedad privada es considerada un derecho constitucional, por disposición del artículo 17 de la Constitución Nacional “la propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.... La confiscación de bienes queda borrada para siempre del código Penal argentino...”⁸¹

El articulo 14 lo apoya expresando: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria licita;...; de usar y disponer de su propiedad...”

Así mismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José, garantiza en el art. 21 el derecho a la propiedad privada, determinando que:

⁸⁰ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, ed. Perrot, Buenos Aires. Argentina, año 1973, pág. 205.

⁸¹ Ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social,
- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley,
- Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley⁸²

Argentina la ratifica y pone la siguiente reserva: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'". En virtud de esta reserva significa que siempre que haya cuestiones políticas el asunto quedaría fuera del ámbito de protección.

Según González Linares⁸³ el derecho de propiedad, "es el derecho real por antonomasia que tiene por objeto los bienes de contenido económico y de proyección social, y que confiere al titular los poderes materiales de usar, gozar, los jurídicos de disponer y reivindicar el bien, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes".

Dos aspectos importantes a considerar respecto al precepto constitucional: primero, es conocido como un derecho inherente a la persona humana, la teoría de derecho constitucional suele categorizar a la propiedad dentro de los derechos civiles o de los derechos patrimoniales, ya que el hombre posee este derecho por el solo hecho de ser persona humana; y el segundo aspecto es que puede disponer libremente siempre de acuerdo con lo que establezca la ley, es decir no es absoluto o ilimitado.

En la antigüedad, el concepto de propiedad proveniente de los glosadores, afirmaban que la propiedad era el "us utendi et abutendi re sua", es decir el derecho que tenía el propietario de un bien a usarlo y a disponer plenamente de él. A su vez poseía ciertas

⁸² Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 Al 22 De Noviembre De 1969. Ver https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf en:

⁸³ González Linares, N. Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales. Lima: Jurista. Año 2012. Pág. 332.

características como sostiene Carrillo de Albornoz⁸⁴ que en el más antiguo derecho romano, no existía una propiedad individual sino colectiva. Otra de sus características es que se consideraba absoluta.

Sin embargo, estas características fueron cambiando en el transcurso del tiempo, debido a las limitaciones que establecían las leyes en cuanto a su ejercicio. Si el derecho fuera absoluto como lo fue en el pasado, estaríamos en presencia de una vulneración al derecho constitucional al limitar el mismo; es por ello que los constitucionalistas establecieron que este derecho debe ser garantizado por el Estado y limitado dentro del marco de la ley.

La doctrina y jurisprudencia de hoy en día concuerdan con el carácter limitado de los derechos fundamentales, así se muestra en diferentes fallos donde manifiestan “la Constitución Nacional no establece derechos absolutos y que todos los derechos en ella consagrados se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional.”⁸⁵

En relación con el Código Civil y Comercial, el mismo consagra el carácter limitado del dominio, en razón de que indica en el artículo 1941, que es un derecho real facultado para usar, gozar y disponer arbitrariamente de la cosa; dentro de los límites previstos por la ley.

Hay que estar atentos que las limitaciones no sean ejercidas de forma abusiva contra los derechos individuales, para ello la Constitución nos otorga garantías como medio para conseguir que el derecho sea respetado y que el abuso desaparezca. Estas limitaciones y reglamentaciones de los derechos deben respetar dos principios esenciales: Legalidad y Razonabilidad, contenidos en los artículos 19 y 28 de la Constitución respectivamente.

Ahora bien, el tema es si un bien o derecho adquirido por medio de actividades ilícitas como el crimen organizado puede considerarse como propiedad legítimamente adquirida o no. Para responder a esto, la ley de extinción de dominio se sustenta en el principio de nulidad ab initio, que se entiende que toda adquisición de origen ilícito a sabiendas de tal calidad o debiéndose presumir razonablemente, constituye negocio

⁸⁴ Ortega Carrillo de Albornoz, A., La propiedad y los modos de adquirirla, en Derecho Romano y en el Código Civil, Granada, 1991 pp. 55 y ss.

⁸⁵ CSJN, 2004. Fallo: Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad

jurídico contrario al orden público y a las leyes, por lo que en ningún caso constituye justo título y son nulos ab initio. Sus defensores argumentan precisamente que no hay una propiedad válidamente adquirida, y por ende, no aplica la protección del derecho a la propiedad.

No obstante es importante marcar la posibilidad de lesión al derecho de propiedad de aquellas personas que ignorando la procedencia ilícita de un bien, lo adquirieron de buena fe de manos de los delincuentes. Esto significa que pueden existir terceras personas que pueden verse afectadas, situación que se analizara en el siguiente título.

Alberdi encuentra los motivos para la protección de la propiedad privada diciendo: “Nuestro derecho colonial no tenía por principal objeto garantizar la propiedad del individuo sino la propiedad del fisco. Las colonias españolas eran formadas para el fisco, no el fisco para las colonias. Su legislación era conforme a su destino: eran máquinas para crear rentas fiscales. Ante el interés fiscal era nulo el interés del individuo. Al entrar en la revolución hemos escrito en nuestras constituciones la inviolabilidad del derecho privado, pero hemos dejado en presencia subsistente el antiguo culto del interés fiscal (...). Es menester otorgar garantías de que esto será reformado, y de que las palabras de la Constitución sobre el derecho de propiedad se volverán realidad práctica por leyes orgánicas y reglamentarias, en armonía con el derecho constitucional moderno”⁸⁶

2. TERCEROS ADQUIRIENTES DE BUENA FE.

La buena fe es un principio fundamental del derecho, ya sea desde el aspecto activo como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o el aspecto pasivo como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.

⁸⁶ Cfr. Alberdi, Juan Bautista (2007). Bases. Buenos Aires: Terramar, p. 125.

Citando el Dr. Escudero Pinto, califica a la buena fe como: “la conducta legítimamente exigida de actuar conforme a las prioridades, es el sincero convencimiento de que esta actuación obedece a la razón, esta asistida por la razón”⁸⁷

Es regla general que la buena fe se presume, es una presunción iurus tantum, es decir que se admite prueba en contrario. El artículo 1919 del Código Civil y Comercial de la Nación, refiere que se presume buena fe hasta que exista prueba en contrario, siendo que la mala fe se presume cuando: el título es de nulidad manifiesta, cuando se adquirió de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas y cuando recae sobre ganado marcado o señalada, si el diseño fue registrado por otra persona.

Doctrinariamente suele diferenciarse la buena fe objetiva de la subjetiva, aludiendo la primera a criterios de lealtad y honestidad, en cuanto a la segunda se trata a un estado de conciencia.

La norma califica a la mala fe de un comprador cuando no agoto las diligencias necesarias para evitar adquirir bienes robados por ejemplo, o por negligencia cuando tenía el deber de conocer la verdadera situación jurídica del bien.

En referencia, el profesor Atilio A. Alterini sostiene “hay supuestos en los cuales no es menester la plena conciencia de la ilegitimidad de la conducta propia, bastando la ignorancia de la verdadera situación. Para ello, tal ignorancia ha de ser inexcusable”.⁸⁸

El jurista Orgaz manifiesta que “la condición de que el autor haya obrado ‘a sabiendas’, significa que este haya tenido la conciencia de la ilicitud, esto es, de que realizaba un acto contrario a derecho, en general, aunque no necesariamente a una norma determinada: basta con la conciencia de realizar u omitir algo prohibido por la ley”.⁸⁹

El principio de buena fe además de considerarse una causa de exclusión de culpabilidad en un acto ilícito, también es una limitación para evitar el abuso del Derecho.

⁸⁷ Escudero Pinto. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 26 de mayo de 2015. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>

⁸⁸ Atilio Aníbal Alterini, Mala fe, en Enciclopedia Jurídica Omeba, 18, 30, 929 (Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964). El autor transcribe en este punto las definiciones vertidas en la Nueva Enciclopedia Jurídica Española, 21, 540 (Seix, Barcelona, 1960).

⁸⁹ Orgaz, Alfredo. La culpa (Actos Ilícitos), Marcos Lerner Editora, Córdoba, año 1981. Pag. 62

En este capítulo se pretende abordar cuidadosamente los diferentes inconvenientes que puede afrontar un tercero adquirente de buena fe, dentro de un proceso de extinción de dominio.

La buena fe es fuente de interpretación, regla de integración, límite al ejercicio de los derechos y puede operar también como eximente de responsabilidad. Tendrá peso en toda la etapa de un contrato, tanto en las negociaciones previas, como en el momento de la celebración y en su etapa de ejecución, incluso hasta en la post contractual.

Dentro del marco jurídico, la extinción de dominio pretenderá dilucidar la aplicación de la acción frente a quienes pueden ser considerados terceros de buena fe. Solo protegerá los derechos de aquellos que actuaron con adecuada diligencia y cuidado, ignorando totalmente que los bienes tenían procedencia ilícita y que no hayan tenido participación para sacar provecho o ganancia.⁹⁰

Por ejemplo, Pablo mediante contrabando ingresa un bien al país (hecho ilícito), Juan sabiendo la procedencia de ese bien, se lo cambia por uno de menor valor. En este caso Juan no estaría realizando actividad ilícita, pero el intercambio de ese bien es de mala fe, ya que pretende tener un beneficio sabiendo que su origen es de una actividad ilícita. En este caso se aplicaría la extinción de dominio para el bien que obtuvo Juan aun y cuando no haya cometido actividad ilícita por haberse comprobado la mala fe.

La buena fe es una conducta diligente y prudente, exenta de toda culpa, y se considerara tomando características tales como:

- La forma en que se adquirió el bien, es decir si se cumplieron los requisitos legales de justo título, entendiéndose este como la reunión de condiciones legales y no la legitimidad de la transmisión de la propiedad.
- Que quien actuó de “buena fe” haya adquirido el bien desconociendo que provenía de un hecho ilícito, y que no tenía modo de conocerlo dentro de los parámetros de la razonabilidad, como así tampoco la actividad del vendedor.

⁹⁰ ARTÍCULO 20. Inoponibilidad. Ningún acto jurídico realizado sobre los bienes objeto de la demanda es oponible a la acción de extinción de dominio prevista en el presente régimen, con excepción de los realizados a favor de terceros de buena fe y a título oneroso, en cuyo caso deberá procederse conforme a lo establecido en el inciso e) del artículo 11 del presente. RÉGIMEN PROCESAL DE LA ACCIÓN CIVIL DE EXTINCIÓN DE DOMINIO. Decreto 62/2019.

- Que no existe dolo o malicia en su relación con el bien de la actividad ilícita, siendo más bien una relación por error en el cual pudiera haber inferido cualquier otra persona capaz.

Cuando se habla de derechos reales, la extinción de dominio afecta no solo al dominio sino a todos los demás (condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo, etc.), ya que cuando se afecte el dominio podría ocurrir que afecte también el derecho de tercero de buena fe y a título oneroso (usuario, acreedor hipotecario, etc.). O también puede suceder que el sospecho de haber cometido un hecho ilícito sea usufructuario, subsistiendo el dominio en cabeza del nudo propietario. En este sentido se tendrá que examinar cada caso en particular cuidadosamente.

El derecho real de usufructo⁹¹ por ejemplo es susceptible de ejecución en la extinción de dominio. El Estado también puede caer sobre los frutos, en cambio no es factible la extinción de dominio para el derecho real de habitación⁹² (considerando que el titular del derecho lo adquirió mediante algunos de los delitos previstos indicados en el decreto 62/2019), su derecho se extinguiría de manera definitiva sin dinero a favor del Estado. No se podría aplicar en servidumbre⁹³, ya que no puede separarse ese derecho real de la titularidad del inmueble.

En el caso del derecho de garantía, en regla general la subasta la extingue.⁹⁴ En el supuesto que el sospecho del ilícito sea el titular del derecho de garantía, es decir el acreedor, quien obtuvo el dinero (producto de un acto de narcotráfico por ejemplo) como garantía hipotecaria, podría considerar extinguida la hipoteca junto al crédito,

⁹¹ ARTICULO 2129.- Concepto. Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.

⁹² ARTICULO 2158.- Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana. - ARTICULO 2160.- Limitaciones. La habitación no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte, y el habitador no puede constituir derechos reales o personales sobre la cosa. No es ejecutable por los acreedores. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.

⁹³ ARTICULO 2162.- Definición. La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.

⁹⁴ Ley 26.994. ARTICULO 2203.- Efectos de la subasta. Los derechos reales de garantía se extinguen por efecto de la subasta pública del bien gravado, si sus titulares fueron debidamente citados a la ejecución, sin perjuicio del derecho y preferencias que les correspondan sobre el producido para la satisfacción de sus créditos. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.

beneficiándose ya que no estaría obligado a pagar el crédito. La interpretación más lógica en este caso sería que el crédito junto a la garantía pase a titularidad del Estado, convirtiéndose este en acreedor y a quien el deudor debe cumplir.

El decreto 62/2019 en el anexo I, Art. 4º indica que se podrá demandar *“a cualquier persona, humana o jurídica, que ostente la tenencia, posesión, titularidad o cualquier otro derecho sobre un bien objeto de la acción de extinción de dominio, se encuentre o no imputada en la investigación penal”*

Al hacer referencia a “no imputada en la investigación penal” claramente hace notar a los terceros adquirentes, considerando a prima facie que actuaron de buena fe sin cometer delito (en el transcurso de la investigación, tendrán la obligación de confirmar si fueron o no cómplices o actores de mala fe).

Si bien nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene, existen excepciones como el indicado en el Código Civil y Comercial de la Nación art. 392: *“ARTICULO 392.- Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.”*

Es decir que la extinción de dominio no puede afectar a terceros de buena fe y a título oneroso, porque estaría impactando negativamente sobre la seguridad dinámica de las transacciones⁹⁵.

Siempre y cuando el error provenga de un hecho esencial y excusable se considerará la buena fe, no así cuando se origine por negligencia culpable, como tampoco cuando se trate de un error de derecho.

La doctrina acepta la buena fe, si el tercero verifico las constancias registrables (en el caso de cosas registrables), examino la documentación, es decir tomo todos los recaudos

⁹⁵ La seguridad jurídica dinámica, protege a quien como adquirente ha consumado un negocio jurídico traslativo del dominio con quien, según una determinada publicidad, aparece como propietario, aun no siéndolo realmente, o siéndolo de manera delictiva.

indispensables y necesarios, y a pesar de todo ello ignoraba que el derecho transmitido provenía de un delito previsto en el decreto 62/2019.

Sin embargo, si pensamos que los hechos delictivos indicados en el decreto corresponde a organizaciones criminales, las cuales cuentan con contactos (que involucra a corruptos) y sumado a tecnologías cada vez mejores, nos lleva a pensar que fácilmente podrían engañar a cualquier persona. Por ejemplo, si una persona pretende adquirir un inmueble, obteniendo los informes de registro correspondientes, como así también de los títulos, no surgiendo ninguna irregularidad y desconociendo la situación personal del vendedor de la escritura. Considero que deberá siempre pensarse como buena fe, debiendo luego el acusador acreditar si corresponde a un cómplice, testaferro, etc.

La forma en que el tercero adquirió el bien, lo ayudara o dificultara a la hora de demostrar su condición de buena fe.

Es así, que se puede hablar de una adquisición originaria cuando la titularidad del dominio (u otro derecho real) se obtiene con independencia del derecho del titular anterior, esto sería el supuesto de los bienes abandonados o la usurpación. En cambio la adquisición derivativa tiene lugar cuando el titular cede o trasmite el derecho real, donde la otra persona pasa a ser el nuevo titular, ahora bien, aquí se diferencia la transmisión íntegra del derecho o una facultad de este, es decir puede enajenar una propiedad o constituirlo en usufructo.

En el caso de la adquisición derivativa, se tendría que alegar la buena fe desligándose de los anteriores dueños. En cambio en el caso de la originaria, la adquisición del dominio mediante apropiación (art. 1947 CCCN) de una cosa abandonada, su dueño actual tendría una defensa legal y sólida, basándose en la forma de adquisición. En este supuesto no importaría si el objeto sea producto de un ilícito o utilizado para cometer uno, ya que la forma de adquisición es originaria y de carácter legal.

Diferente será el caso de bienes adquiridos de forma universal, ejemplo herencia, si bien el heredero obtiene el patrimonio de forma lícita, los bienes contemplados seguirán siendo de un hecho ilícito o usado para cometer un hecho ilícito, ya que la muerte de su titular no causa legitimación de los bienes, es decir en este caso el heredero por más que sea de buena fe no tendría importancia.

Otro supuesto, sería cuando se mezclan los patrimonios de las personas involucradas en un hecho ilícito y los de buena fe. Por ejemplo, en una sociedad donde varias personas tienen un capital en común que generan ganancias que se divide entre los socios, si uno de los socios mezcló capital de origen ilícito con el de los otros socios. Al ser una ganancia derivada de los bienes previstos del decreto 26/2019 es susceptible de extinción de dominio, de esta forma se estaría afectando injustamente a los socios que aportaron bienes de origen lícito y desconocían la actividad del socio con capital ilícito.

Hoy en día este ejemplo puede ser cada vez más habitual, ya que son muchas las personas que invierten dinero entre diferentes países sin ni siquiera conocer las partes integrantes del capital de la transacción financiera.

3. PRESUNCION DE INOCENCIA

Todos somos inocentes hasta que se compruebe lo contrario. Parece una frase de película, pero la verdad es que es un derecho fundamental con el que cuenta todo ciudadano libre.

Este principio es reconocido en nuestra carta Magna precisamente en el artículo 18 afirmando que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin 'juicio previo' fundado en ley anterior al hecho del proceso, ninguna duda cabe en el sentido que ese 'juicio previo' es el que debe dar paso a una condena penal, sólo posible cuando quien la merezca haya sido declarado culpable en dicho proceso. Luego de ello fue expresamente consagrado con el artículo 75 inc. 22 a raíz de las declaraciones y convenciones de derechos humanos incorporados.

Es así que encontramos artículos en concordancia, art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹⁶ que señala que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁹⁷ en su art. 26 indica que se presume que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable. También se encuentra el art. 8 inc 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁸ que

⁹⁶ http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003

⁹⁷ http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000

⁹⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Asimismo expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁹ en el art. 4 inc 2º que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley. Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁰ dispone que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, art. 40, 2b,i.

Es decir que hasta que una persona no sea declarada culpable por sentencia firme, todos gozamos de un estado de inocencia, al respecto el Dr. Julio Maier afirma que la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena.¹⁰¹

Pese a que la presunción de inocencia cuenta con gran respaldo internacional como así también doctrinario, es un tema que ha despertado grandes discusiones al observar que el decreto 62/2019 está violando este principio constitucional básico. Esto se debe a que la acción de extinción de dominio puede llevarse a cabo por la mera “sospecha” del origen ilícito de los objetos o fondos utilizados para obtener los bienes, sin la necesidad de que exista una condena firme en sede penal.

Notemos lo que dice el régimen de extinción de dominio en los artículos número 5 “Bienes incluidos. Estarán sujetos al presente régimen aquellos bienes incorporados al patrimonio del demandado con posterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado que, por no corresponder razonablemente a los ingresos de su tenedor, poseedor o titular, o representar un incremento patrimonial injustificado, permitan considerar que provienen directa o indirectamente de uno de los delitos enunciados en el artículo siguiente” y artículo número 12 “Cosa juzgada. La sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado

⁹⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

¹⁰⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

¹⁰¹ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, (Buenos Aires, Argentina, Editorial del Puerto, 2004), pág. 490.

de cualquier otra acción judicial” y continua este artículo indicando en el segundo párrafo que el Estado se verá obligado de restituir el bien, o bien su reemplazo por una compensación en dinero, si el imputado fuera absuelto o sobreseído por sentencia firme. A pesar de ello, el bien fue extinguido sin que se haya declarado la comisión de un delito en sede judicial.

La presunción de inocencia no se encuentra indicada dentro de la extinción de dominio por considerarse esta con principios distintos a los del proceso penal, otra de las justificaciones que se nombran para no respetar el “estado de inocencia” es que la extinción de dominio es una acción real ya que no persigue a la persona, sino a la cosa misma, a los bienes de origen delictivos o que se han empleado como medios para realizarlos.

Una regla de la presunción de inocencia es que impone la carga de probar la culpabilidad a quien acusa. En la extinción de dominio se asume la inversión de la carga probatoria prevista en el artículo 10 *“La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido”*.

En referencia afirma Bianchi¹⁰² que la inversión de la carga probatoria afecta la garantía constitucional de defensa en juicio entiende que se afecta lo previsto en el artículo 17 de la Constitución Nacional, ya que privar de su derecho a una persona con la sola sospecha puede ser nombrado como una confiscación, aun cuando haya sido decidido por un tribunal con audiencia del demandado.

Ante esto, estamos en condición de pensar en dos posturas, una consisten en apoyar los procesos de extinción de dominio de acción civil ejercida por el Estado a fin de obtener los bienes mal habidos y por lo tanto desconocer el principio de inocencia ya que no se encuentra reconocido en este decreto, por ser una ley que no está hecha para juzgar a las personas por los delitos y no establece culpabilidad sobre los mimos, pero no obstante los pena con la quita de los bienes mediante la acción, y le está diciendo a la sociedad

¹⁰² Bianchi, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 79, Nº 1, julio 2019, p. 49. [N. del E.: ver aquí; fuente: CACBA; última consulta: 16/10/2019]

que el dominio de esos bienes fueron extinguidos por ser objeto de origen ilícito, pienso ¿no es una forma indirecta de juzgar a las personas, no afecta al buen nombre y genera estigma social?

La segunda opción es no quitar importancia a los derechos humanos, en este caso a la presunción de inocencia. No se puede separar a las personas de sus bienes como se pretende en la extinción de dominio, no se puede establecer que fueron obtenidos ilícitamente por mera sospecha y sin prueba que lo fundamente, porque se está diciendo de este modo que el titular o poseedor cometió un ilícito para obtener esos bienes, imponiéndole a probar el origen de su patrimonio y desligándose de las pruebas.

4. DERECHO DE DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO

Con relación al derecho de defensa, es una garantía procesal y un derecho constitucional establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, el cual consagra *“Ninguna habitante de la Nación puede ser penado en juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos....”*

Es importante mencionar que el derecho de defensa está ligado al debido proceso, porque el derecho de defensa constituye un elemento indispensable para llevar a cabo un debido proceso.

Para lograr un debido proceso se deben cumplir con condiciones mínimas para afianzar la seguridad jurídica, tal lo establece el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Garantías Judiciales:

- a) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley.
- b) Toda persona inculpada de delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante todo el proceso tiene el derecho a las siguientes garantías mínimas a:

- Ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende el idioma;
 - Comunicación previa y detallada de la acusación;
 - Concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - Derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección;
 - Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado;
 - Derecho de la defensa a interrogar a los testigos;
 - No ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
 - Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior;
- c) La confesión solo es válida si es hecha sin coacción.
- d) El absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
- e) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Estos principios son aplicados a todo proceso penal, y deben tenerse en cuenta para garantizar que se cumpla y no existan incoherencias que produzcan la nulidad del mismo.

El debido proceso es una garantía irrenunciable que gozan todas las personas, que establece límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos del Estado frente a los individuos y representa la protección fundamental del derecho.

El punto en este tema, es establecer si la Ley de Extinción de Dominio cumple con las consideraciones que garantizan el debido proceso, como así también el derecho de defensa.

A. DERECHO A SER OÍDO, PLAZO RAZONABLES Y JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

El derecho a ser oído implica la posibilidad de recurrir ante los órganos del Estado que resulten competentes que puedan afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer sus pretensiones y explicar sus razones.

La normativa de extinción de dominio autoriza a las partes a alegar sobre la prueba producida durante el proceso, efectivizando el principio contradictorio que refleja la igualdad de las partes ante la ley. Dotando al Ministerio Público Fiscal de herramientas concretas para llevar adelante un juicio, donde quienes sean acusados sean sometidos a una investigación y tengan su derecho de defensa.

Así mismo en el artículo 4° indica que se deberá impulsar citación a toda persona que ostente un derecho sobre los bienes objeto de la demanda que pudiera ser afectada por la acción de dominio.

En cuanto a que deba realizarse en un plazo razonable, reviste de importancia para el efectivo cumplimiento de la finalidad del debido proceso y comprende tanto los plazos máximos para evitar dilataciones injustificadas, como mínimos para que los individuos puedan ejercer eficazmente el derecho de defensa.

La acción de extinción de dominio se tramita de conformidad a las reglas del procedimiento previsto en el artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial, “proceso sumarísimo”, con excepción del plazo de contestación de demanda que será de 15 días.

Unos de los principios de la extinción de dominio es el de celeridad procesal, es decir debe desarrollarse en un plazo razonable y sin dilataciones. O sea, se busca que el proceso sea breve sin prolongación de plazos, interposición de incidentes o excepciones que busquen demorar el proceso, pero también debe cumplir con los plazos procesales para que el acusado pueda armar su defensa.

La acción debe ser ejercida por órganos competentes y tal como lo señala el artículo 3° de la extinción de dominio argentina, al establecer que la facultad de realizar la investigación es de oficio a cargo de la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor

del Estado Nacional, junto a los fiscales competentes, y la justicia para entender en las acciones es la Justicia Civil y Comercial Federal.

Respecto a la independencia, entre otras cosas establece condiciones y requisitos de elección de los cargos, previendo ciertas inmunidades para los funcionarios. Sin embargo, la independencia como garantía del debido proceso requiere mucho cuidado, debido a las constantes presiones proveniente del poder político, tanto del Ejecutivo como del Legislativo, es por eso que la independencia de los jueces es primordial para tratar eficazmente la acción de extinción de dominio.

B. DERECHO A QUE SE PRESUMA LA INOCENCIA

Este precepto ya analizado con anterioridad forma parte de las garantías procesales, está expresamente dirigida al proceso penal, pero la interpretación que surge de la jurisprudencia de la Corte IDH, concluye que estas garantías son exigibles no solo en el proceso penal, sino también en todo tipo de proceso donde se discutan derechos y obligaciones de las personas¹⁰³

En materia penal, se exige que se pruebe la culpabilidad del acusado, quien debe gozar en todo momento del beneficio de la duda, debiendo ser tratado como si fuera inocente hasta que se declara lo contrario. En cambio en materia civil, se aplica de forma más atenuada, aceptándose la carga dinámica de la prueba y las presunciones para acreditar el dolo o la culpa, este sería el caso de la extinción de dominio, donde se extingue el dominio fundado en una presunción de origen ilícito.

En la extinción de dominio la presunción de inocencia opera en sentido contrario a lo establecido en nuestra constitución, ya que primero se presume la procedencia ilícita del bien y la prueba en contrario debe desvirtuar esta presunción.

Entonces, solo respetaría la presunción de inocencia, cuando se dicte una sentencia ejecutoria estableciendo que los bienes que dieron origen a la extinción de dominio proceden de una actividad delictiva y no antes ni durante el proceso. Solo en ese

¹⁰³ Ver por ejemplo la aplicación de este principio en materia de migraciones, en CS, 23/10/07, "Zhang, Hang c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto", Fallos 330:4554. Sobre el ámbito material de aplicación del artículo 8 de la Convención, ver supra, § II. c).

momento se cumple verdaderamente con el precepto constitucional que contempla la presunción de inocencia.

C. CONFESION SIN COACCION

Obviamente está asociada a la prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles e inhumanos.

En el artículo de etapa probatoria de extinción de dominio, la parte demandada tiene la carga probatoria y se deja explícitamente indicado que no será de aplicación la prueba confesional.

Para concluir, este derecho a no auto inculparse tiene estrecha relación con el principio de inocencia, donde el derecho a guardar silencio no debe incurrir en su culpabilidad.

D. NO PODRÁ SER SOMETIDO A NUEVO JUICIO POR LOS MISMOS HECHOS.

Es importante tener en cuenta la cosa juzgada y el principio non bis in ídem como garantías del debido proceso y de la seguridad jurídica.

El artículo 12 de la extinción de dominio en Argentina indica “la sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial...”

Es así que la sentencia declarativa o no de la extinción de dominio tiene carácter de cosa juzgada y los bienes objeto de la acción no pueden ser puestos en cuestión en posteriores procesos de este tipo.

E. PROCESO PUBLICO

La publicidad de los actos de gobierno constituye una garantía de transparencia e imparcialidad de todas las decisiones estatales.

Citando a Juan Bautista Alberdi, "la justicia debe ser administrada públicamente, con expresión de sus motivos, pues el propósito de su publicidad - garantía de garantías- consiste en controlar a los gobernantes para que no abusen de su ejercicio en daño del pueblo, que es el verdadero titular de la soberanía"¹⁰⁴

En los procesos penales, el principio de publicidad se garantiza con la oralidad de las audiencias "el debate será oral y público, bajo pena de nulidad" con la excepción de "cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad"¹⁰⁵

En el caso de la extinción de dominio, refieren que se enmarca en el Programa Justicia 2020, proporcionado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, cuya meta es lograr justicia cercana a la comunidad, moderna y transparente e independiente. Dentro de los objetivos para lograr un sistema procesal más eficiente, se procura promover la inmediación y la concentración como garantías de la transparencia de los procesos, que privilegie la economía procesal, la oralidad efectiva y la celeridad.

La oralidad en el proceso civil y comercial, no debe limitarse a la audiencia preliminar y la audiencia de prueba, debe haber un cambio fundamental del rol de quienes participaran del proceso, tanto del juez como de los litigantes y sus abogados.

5. PRESCRIPCIÓN Y RETROACTIVIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

En este apartado se analizará uno de los temas más polémicos, la aplicación de la ley de extinción del dominio en el tiempo, principalmente porque es concebida para que su aplicación sea para los hechos presentes como también para aquellos sucedidos antes de la entrada en vigencia de la ley, siendo retrospectiva.

En el análisis nos basaremos en la retroactividad y prescripción de la ley, notando las posibles implicaciones para los ciudadanos afectados en estos términos.

Si bien está indicado que la extinción de dominio es diferente a cualquier otra norma y por eso posee características especiales, no deja de ser el Estado quien impone su poder, y es por ello que debe tener límites.

¹⁰⁴ CS, 28/07/05, "Kook Weskott, Matías", Fallos 328:2740.

¹⁰⁵ Artículo 363. Código Procesal Penal de la Nación

La medida de la prescripción en la acción penal constituye ese límite en el ejercicio de la persecución penal y la pretensión punitiva del Estado, es decir que cumplido el límite temporal, se impide perseguir o seguir persiguiendo y penar.

El artículo 16 del anexo del decreto 26/2019 establece que: *“Prescripción. La acción de extinción de dominio prescribe a los VEINTE (20) años. El plazo comienza a computarse desde la fecha de ingreso al patrimonio de los titulares o poseedores del bien o de los bienes objeto de la presente acción. Cuando no pudiera determinarse, deberá computarse desde la fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal”*.

La prescripción aparece como una garantía de defensa en juicio y a ser juzgado dentro de los plazos razonables a favor del acusado. Ya que uno de los fundamentos de la prescripción es que el tiempo transcurrido entre el hecho y el juzgamiento dificulta las posibilidades del imputado a acceder a medios adecuados para su defensa.

Nuestro Código Civil y Comercial recepta dos clases de prescripción: adquisitiva¹⁰⁶ y liberatoria¹⁰⁷. El decreto de extinción de dominio aunque parezca algo confuso hace referencia a una prescripción liberatoria, pero fijar un plazo tan extenso solo está previsto en la prescripción adquisitiva (art. 1899 CCCN). De hecho el Código Civil y Comercial de la Nación redujo el plazo de prescripción liberatoria indicada en el Código de Vélez de 10 años a la mitad; y aquí en el decreto se fija un plazo muy largo.

Existen supuestos excepcionales como los delitos de lesa humanidad que son imprescriptibles o las agresiones sexuales a incapaces que se fija un plazo de 10 años. El plazo genérico de la prescripción es de 5 años (art. 2560 CCCN) y para nulidad de actos jurídicos o de la inoponibilidad por fraude, el plazo es de 2 años (art. 2562 CCCN).

Por otro lado tenemos la caducidad, que tiene el elemento tiempo en común con la prescripción. La caducidad es la extinción del derecho por el transcurso del tiempo legal (art. 2566 CCCN y subsiguientes).

¹⁰⁶ ARTICULO 1897.- Prescripción adquisitiva. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994.

¹⁰⁷ Por el cual el deudor se libera de una obligación por el transcurso del tiempo, corolario de la inacción del acreedor.

Ambas figuras tienden a confundirse, pero al analizarlas hay diferencias marcadas como lo es: 1) el origen, la prescripción se establece por ley y caducidad puede ser establecida por ley o por acto privado; 2) la prescripción admite interrupción o suspensión, mientras que la caducidad no; 3) la prescripción es a instancia de persona interesada y la caducidad es apreciable de oficio; 4) La prescripción supone la presunción de no ejercicio o abandono, mientras que la caducidad simplemente atiende a la falta de ejercicio de una facultad en el tiempo.

Mirando estos institutos, se entiende que no hay una armonía entre el plazo extenso impuesto por el decreto 26/2019 y las demás normas del Código, tratándose de prescripción o caducidad. Fijar una prescripción de 20 años para el ejercicio de la acción de extinción de dominio es desproporcional y poco fundamentado, ya que el sentido de la prescripción opera para evitar acciones donde ya no existen medios de prueba.

Las Naciones Unidas en su ley modelo de extinción de dominio, presenta a este instituto como imprescriptible.

Otro punto que llama la atención es el momento en el que se dispone que comience el curso de la prescripción, la regla general según indica el artículo 2554 CCCN “*el plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible*” pero en el decreto aclara que el plazo comienza a computarse desde la fecha de ingreso al patrimonio de los titulares o poseedores del bien o de los bienes y agrega que si no se pudiera determinar el plazo corre desde la “*fecha de presunta comisión del delito investigado en sede penal*”. Esto nos permite pensar que ocurría si hay una acción civil sin investigación penal, o el caso de que la investigación penal dure más de 20 años.

Dos temas esenciales son la Retroactividad y Retrospectividad. La extinción de dominio se plantea desde el punto de no tolerar existencia de bienes adquiridos ilícitamente sin importar el momento de su adquisición, siendo irrelevante si fueron adquiridos antes de la entrada en vigencia de la ley que exige la extinción de dominio. Es así que la ley modelo de la Naciones Unidas, base de todas las leyes de extinción de dominio de Latinoamérica reconoce la retroactividad en su artículo 3.

En el código Civil y Comercial de la Nación, indica en el artículo 7: “*Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las*

relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”.

Al respecto Garrido y Andorno indica que se parte de la presunción de que toda ley posterior mejora a la anterior y cabe distinguir entre hechos consumados y hechos infiere o en curso de desarrollo los que serían atrapados por la ley nueva sin que por ello se incurra en retroactividad, la ley se aplica de inmediato pero sin retroactividad.¹⁰⁸

Al comentar el mismo artículo Lorenzetti agrega que esta norma está dirigida al Juez y le indica que la ley debe aplicar al caso, puntualiza que una de las reglas es la aplicación inmediata y la excepción las normas supletorias y la otra la irretroactividad de la ley salvo la excepción de que la retroactividad este establecida por la ley.¹⁰⁹

A modo de aclaración de los términos, la retroactividad es la aplicación de nuevas normas a actos jurídicos, hechos pasados o previos a la ley; y la Retrospectividad dispone que una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado, es decir situaciones jurídicas en curso al momento de la entrada en vigencia de la norma.

En el proyecto de ley de extinción de dominio en Costa Rica por ejemplo, expresa en su artículo 28 “Retrospectividad de la acción de extinción de dominio La fase de investigación patrimonial de los hechos que puedan configurar alguna causal de extinción de dominio previstas en esta ley tendrá carácter retrospectivo por un plazo de diez años a partir de la vigencia de la presente ley”¹¹⁰.

En el Decreto 26/2019 de Argentina no se encuentra la Retrospectividad de la ley establecida de forma explícito, pero se entiende que no es retroactiva ni irretroactiva, es retrospectiva ya que regula situaciones ocurridas aun antes de su vigencia, precisamente por el hecho de no haberse consolidado el derecho de dominio, por provenir de algunas de las actividades ilícitas previstas en el decreto.

¹⁰⁸ Garrido Roque F- Andorno, Luis, Reformas al Código Civil, pág. 10 Ed Zavalia, 1972.

¹⁰⁹ Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T 1, pág. 45 y ss., Ed Rubinzal Culzoni 2014

¹¹⁰ Expediente 19571. Proyecto de ley: Ley de Extinción de Dominio. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica.

La extinción de dominio establece como limite el origen del incremento patrimonial que se investiga, no dando un límite temporal, o sea puede ser diez, veinte o cien años; esto lleva a crear una inseguridad jurídica, por ello la Retrospectividad de la ley no autoriza a los jueces a desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, porque si no sería inconstitucional según artículo 18 de la CN “ *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

6. LA SEGURIDAD JURIDICA

La seguridad jurídica es un pilar del Estado de Derecho, es central en la calidad institucional. Para definirla voy a tomar el concepto dado por North: es el resultado que obtiene un sistema legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos.¹¹¹

Bentham explicaba que a través de la seguridad jurídica “podemos ver el futuro y, por tanto tomar nuestras disposiciones para entonces; es la base sobre la que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; con ella la vida no es simplemente una sucesión de instantes sino una continuidad y la existencia de cada uno entra como eslabón en la cadena de las generaciones”¹¹²

Citando al Dr. Jorge Vanossi, “el concepto y la idea de seguridad van unidos a ciertos términos, basta mirar el diccionario y encontramos a la seguridad como: certeza, confianza, distancia de todo peligro, algo cierto, algo inevitable, como así también la noción de firme, constante y que no está en peligro de faltas o de caerse” y concluye diciendo: “la seguridad es semejante al oxígeno, donde sin él no hay vida, es decir sin seguridad no hay goce posible de la libertad”¹¹³

Hay que dejar en claro que seguridad jurídica no es lo mismo que estabilidad jurídica, ya que sería imposible esta última debido a que la sociedad cambia constantemente y el

¹¹¹ North, Douglass (1993), *Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico*, México: Fondo de Cultura Económica.

¹¹² Rubén Hernández Valle, *El régimen jurídico de los derechos Fundamentales en Costa Rica* (San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, 2002), 557.

¹¹³ Vanossi, Jorge. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 21 de agosto de 2013. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>

ordenamiento jurídico debe adaptarse a ella. Es decir que el principio de seguridad jurídica no pretende mantener el ordenamiento jurídico estático, sino proteger los derechos adquiridos, preocupándose en que las leyes creadas den certezas a los ciudadanos.

Este es el punto donde se encuentra la extinción de dominio argentina, considerar si la incertidumbre sobre la normativa es tal como para afirmar que se está violando la seguridad jurídica.

Esta ley de extinción de dominio que sale a la luz con el DNU 62/2019 puede generar muchos inconvenientes para la seguridad jurídica. Ya se ha planteado que viola el principio de inocencia ya que la extinción del dominio se funda en una mera sospecha, a esto se suma el principio de irretroactividad y la prescripción de 20 años como plazo desmedido, ya analizados.

Pero esto no es todo, en el art. 12 del decreto *“Cosa juzgada. La sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial. La sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundadas en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Nacional a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero”*

Si la sentencia que rechaza la extinción de dominio queda firme, el demandado a pesar de ello quedara todavía expuesto patrimonialmente, ya que la sentencia civil es inoponible en el proceso penal, es decir que quedara sujeto a un doble juzgamiento ya que puede ocurrir que en sede penal se determine una condena y posterior decomiso de los bienes.

Pero también puede ocurrir que la sentencia penal absuelva al acusado y que la acción de extinción de dominio haya quedado firme, entonces el demandado no tendrá derecho a recuperar su patrimonio salvo que el sobreseimiento o absolución tenga su fundamento en la inexistencia del hecho investigado o en su atipicidad.

La extinción de dominio da un gran poder al Estado sin tener contrapeso para este. En un país como el nuestro donde el orden constitucional formal es reemplazado por un

orden de “emergencia” fruto de una decisión del Poder Ejecutivo, se elimina o suspenden derechos establecidos en el orden formal. El Estado puede usar “mecanismos legales” como la disminución del valor de los bienes de los ciudadanos para adquirirlos a un precio menor al real.

Argentina busca la solución del problema de la delincuencia organizada en la figura de extinción de dominio, perdiendo confianza al proceso penal y presionando políticamente por un “orden de emergencia” a través del dictado de un DNU.

Prácticamente toda norma puede encontrar justificación dentro del orden constitucional de emergencia, y la seguridad jurídica en estas condiciones es inviable.

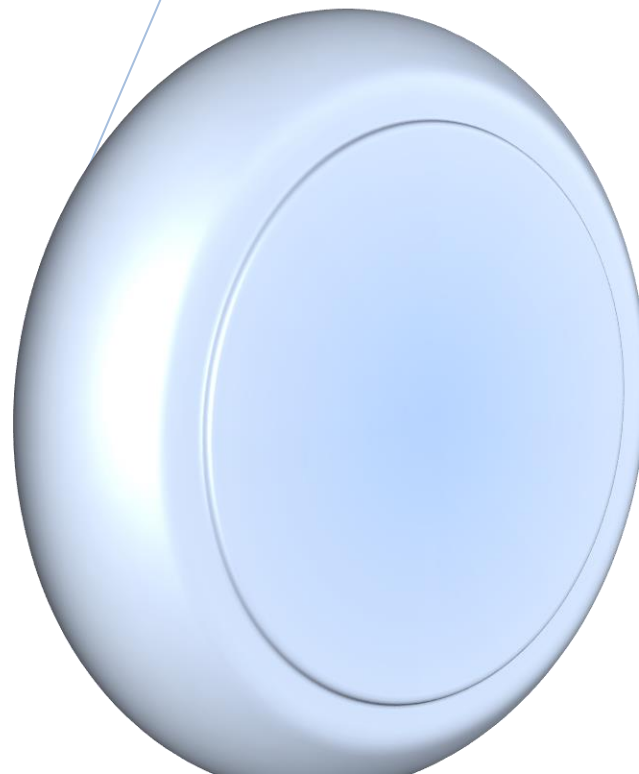
Un sistema estable de reglas y no decretos de necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.



PARTE IV

*“Cuando la ley y la moral se contradicen una a otra, el ciudadano
confronta la cruel alternativa de perder su sentido moral o perder
su respeto por la ley”*

Frederic Bastiat



CAPITULO I

LA LUCHA POR IMPLANTAR LA EXTINCION DE DOMINIO

1. EL DEBATE DEL CONGRESO

Tal como lo indica el DNU, el 23 de junio de 2016 la Honorable Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de Ley de Extinción de Dominio, una vez girado al Honorable Senado de la Nación este fue tratado el 22 de agosto de 2018 introduciendo modificaciones estructurales a la media sanción de Diputados.

El proyecto de 2016 establecía que el proceso de decomiso sería iniciado por el fiscal en paralelo con la causa penal, siendo el fuero Civil y Comercial Federal quien quedaba a cargo de la extinción de dominio, es decir una acción civil que debe ir por fuera del proceso penal y queda a cargo del Ministerio Público Fiscal. El proyecto presentado por el oficialismo de ese entonces (PRO), indicaba que el acusado estaría obligado a justificar su patrimonio en lugar de suponerse su inocencia hasta que se demuestre lo contrario.

El proyecto de 2018 fue realizado por el Bloque Justicialista, este estipulaba que debe existir una acción civil pero que se tramite dentro del fuero penal, indicando que es la Procuraduría del Tesoro de la Nación la que tiene a cargo la acción de impulsar la extinción de dominio y sostiene que esta acción puede aplicarse solo cuando existe una sentencia condenatoria de primera instancia. Es decir que la sentencia de extinción de dominio se dicta en el mismo momento de la sentencia penal condenatoria, no esperando que esta esté firme.

Veamos cómo se debatió en el Senado el nuevo proyecto de ley de extinción de dominio, y algunos argumentos de los senadores. Finalmente, el proyecto aprobado por los Senadores fue el del PJ con 40 votos a favor y 26 en contra, es decir que no llegó a los dos tercios necesarios según el reglamento del Congreso. Por lo que la Cámara de Diputados de la Nación podría tratar este nuevo proyecto o insistir con el que aprobó en 2016.

A. SENADORES A FAVOR DEL PROYECTO 2018

1) Una de las modificaciones claves era no permitir la retroactividad de la ley, en referencia a esto, **Rodolfo Urtubey (PJ, Salta)** "La Argentina ha tenido difíciles momentos, de todo orden, no solamente de este escándalo de corrupción. Violaciones masivas de derechos humanos. Necesidades de afrontar el castigo de estas grandes violaciones del derecho vigente y ha tenido la sabiduría y la prudencia de responder con el orden jurídico vigente". "Los hombres de la política también sabemos que tenemos que hacer buenas normas y que satisfagan la inquietud de la sociedad". "Hoy estamos abordando este proyecto en un momento donde se reproduce esta situación de emergencia y quizás no tenemos el tiempo para darnos cuenta de que no tenemos que caer en la tentación del derecho penal de emergencia. Estoy convencido de que el proyecto que estamos defendiendo en este caso permite enfrentar este fenómeno de la delincuencia organizada, en cualquiera de sus variantes, de una manera eficiente, aplicable, práctica, clara y que yo creo que también satisface las necesidades de la sociedad". "Hoy aceptamos que debe haber una acción civil de extinción de dominio, con una naturaleza específica, autónoma, independiente, distinta de la acción penal". "Si estamos discutiendo la extinción de dominio es porque tenemos una figura en el Código, decomiso, que es casi lo mismo pero inadecuada para lograr una respuesta que la sociedad pide en términos de recupero de bienes porque es una pena accesoria".

2) **Miguel Angel Picheto (PJ, Rio Negro)** "Hoy los jueces federales embargan los bienes preventivamente antes de la indagatoria, y si no hay bienes inhiben de manera general. Cuando se desarrolla el proceso de la investigación, incluso antes de la elevación a juicio, se designan administradores judiciales que tutelan el control de los bienes. Esto está ocurriendo". "Mañana van a tener que responder ustedes, porque todo vuelve, todo circula. Lo que hagas hoy, mañana también lo vas a pagar. Las normas que regules ahora te las van a aplicar también en el futuro, en un país destructivo, donde siempre lo que viene es peor". "Tenemos que tener una ley que sea buena, que sea precisa, que garantice el debido proceso y que funcione en correlato con el proceso penal". "Ninguna relación normativa puede regular cuestiones del pasado porque de lo contrario el sistema jurídico sería totalmente inseguro".

3) **Juan Carlos Romero (Frente Popular Salteño, Salta)** "En estos temas, tiene que haber un dolo probado y una pena". "¿A Baez le quitamos los bienes y a Techint no? El mejor castigo para estos empresarios fraudulentos no es quitarle los bienes, es quitarle la posibilidad que siga existiendo esa práctica. ¿Por qué no se juntaron los

empresarios para ir a ver a un juez? Ahora resulta que todos nos arrepentimos y aquí no pasó nada". "No resolvemos este tema solamente creyendo que una ley retroactiva nos va a dar transparencia, también tenemos que tener acciones. Tenemos que tener esta ley para castigar los hechos pero la solución está en la forma de contratar y en ser muy severo en no dar cabida a aquellas empresas que estuvieron involucradas en los hechos que están denunciados".

4) **José Mayans (PJ, Formosa)** "Los 14 constitucionalistas hablaron pésimo del proyecto que vino de Diputados. Es inconstitucional, no respeta el debido proceso, no respeta la presunción de inocencia". "Nadie puede ser declarado culpable hasta que se demuestre que ha existido el delito". "Si hacemos especulaciones políticas, la legislación que va a salir va a ser como el caso de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, que lo hicieron mal y salió mal". "Como están obsesionados con la ex presidenta, hay que hacer una ley especial a ver si se le pueda sacar todo. Se olvidan del narcotráfico, del terrorismo, de los secuestros extorsivos. Hablan solamente de los bienes de la ex presidenta".

5) **Maurice Closs (Frente Renovador, Misiones)** "No nos está saliendo una buena ley. Sí o sí debe haber un proceso penal, porque si no cómo voy a determinar la ilegitimidad de ese bien, aunque sea una acción civil". "No podemos hacer una ley que no es constitucional producto de que el sistema penal no funciona". "Si logramos acordar que debe haber una sentencia penal y que esta acción es civil porque no está quitándole la libertad a una persona, sino la propiedad, que pueda tener efecto retroactivo". "Si hacemos una ley y esa ley no vale para los delitos que se cometieron anteriormente, mejor dejemos como está". "Si tuviera que hacer una propuesta, diría que el Gobierno acepte que tiene que haber una sentencia penal, y del lado del bloque del PJ Federal, que acepten que pueda tener efecto retroactivo".

6) **Almacio Mera (PJ, Catamarca)** "No hemos escuchado un jurista que defienda esta media sanción". "Aquí queda la sensación que el vamos a dar un problema al poder judicial". "Es bastante complicado cuando nos ponemos a innovar la Constitución intentando dar una respuesta fácil. Lo hicimos con Blumberg, fue facilísimo, pero no pasó nada". "Defiendo el dictamen que ha hecho nuestro bloque que da la mayores garantías para que esta herramienta sea eficiente".

7) **Juan Mario País (PJ, Chubut)** "Se habla que hubo corrupción pero yo no veo cuánto es el perjuicio y quién está reclamando el resarcimiento. ¿Quién está ocupado en utilizar las actuales herramientas que le prevé el Código Penal en cuantificar todo eso?".

"Con este proyecto venido de Diputados podemos arrancar analizando delitos de la década del 80, no hay límites, y la seguridad jurídica exige que estén esos límites. Queremos darle esta herramienta al derecho público nacional pero también queremos que de la Administración seas eficientes y usen las actuales herramientas".

8) **Pedro Guastavino (PJ, Entre Ríos)** "Hay que entregarle a la Justicia herramientas que le permitan perseguir el crimen organizado". "Esta nueva herramienta que proponemos será vinculada al narcotráfico, al terrorismo, trata de personas, tráfico de armas. Pero también cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos contra el orden económico financiera y de esta manera buscamos dar un golpe certero a las estructuras económicas y que regresen al Estado y la sociedad".

B. SENADORES A FAVOR DEL PROYECTO 2016

1) Votando en contra de las modificaciones, **Silvia Elías de Pérez (UCR, Tucumán)** "Se la ha agraviado mucho a usted, señora presidenta. Es bueno decirle a aquellos que no la conocen que tiene su casa de toda la vida en Once y una cuenta de ahorros". "Hoy contamos con una figura, el decomiso. Pero no resulta efectivo para delitos complejos y especiales. Las causas de corrupción suelen prescribir, se llega al juicio oral cuando ya pasaron decenas de años". "Estamos absolutamente convencidos de que la extinción de dominio tiene que llevarse a cabo en el fuero civil, y esta es la diferencia que tenemos con el dictamen de mayoría". "No perseguimos a la persona, sino a la cosa, el foco está en los bienes que tal vez pasaron a manos de otras personas de su entorno". "Con esos bienes se blindan para garantizarse impunidad". "Wagner dijo que los retornos que le pedían en la década saqueada era cerca del 10 y 20 por ciento. En este rubro nada más (la construcción), hablamos de 45 mil millones de dólares. Dígame si no es una cifra casi igual al déficit fiscal".

2) **Federico Pinedo (PRO, CABA)** agrego "El decomiso es una pena accesoria en materia penal y la extinción de dominio no es una pena. Por eso, es posible aplicarla a hechos ocurridos con anterioridad a la sanción de esta ley".

3) **Julio Cobos (UCR, Mendoza)** "La gente asocia extinción de dominio con recuperar lo robado. En realidad tendría que llamarse transferencia de dominio". "La

sociedad está esperando de los actos delictivos dos cosas: primero, que se condene rápidamente en materia penal; y segundo, que los instrumentos que se utilizaron para esos delitos o que se generaron por eso, vuelvan al pueblo". "Hay tres proyectos que a lo mejor terminan en dos al final de esta votación. Entendemos que la figura que está proponiendo la oposición, como el decomiso anticipado o sin condena, no van a solucionar el problema". "Nosotros queremos dar esa respuesta rápida con otro esquema. Iniciado el proceso penal, cuando existen las suficientes pruebas de que se ha cometido un delito, que actúe el fuero civil".

4) **Pamela Verasay (PRO, Mendoza)** "Esta norma permite recuperar los bienes que nos robaron a los argentinos a través de ciertos delitos. Y devolverlos a los argentinos, en provecho de los argentinos". "La planteada agilización del proceso es útil para evitar la evasión de la ley. ¿Cuántas veces vimos bolsos con millones que podrían estar destinados a satisfacer necesidades de los argentinos?" "La retroactividad es otro punto que no es menor. Los activos ilegales deben ser devueltos incluso si la adquisición ilegal fue anterior a la sanción de esta ley". "Hoy era un día para despedir de la Argentina una palabra que duele: la impunidad. Hoy era el día para decirle basta a la impunidad".

5) **Silvia Giacoppo (PRO, Jujuy)** "No es bueno legislar cuando tenemos la presión de los medios y la sociedad, pero la sociedad está cansada de no ver buena fe en muchos de nosotros". "Coincido con que así como vino de Diputados, tenía falencia serias. Pero el proyecto que presentó Pinedo es un proyecto que en realidad resuelve esos temas, separando del fuero penal lo civil". "Con este proyecto se permite que la sociedad recupere de forma ágil lo que hoy no tenemos". "Lo que vemos en los cuadernos no es imaginación, es una prueba contundente. ¿Vamos a seguir tapando el Sol con las manos?"

6) **Pedro Brillard Pocard (PRO, Corrientes)** "La mayoría de los ciudadanos quieren respuestas, no tanto argumentos jurídicos y ahí es donde viene el problema. Yo creo que aún este proyecto, si llega a salir, va a generar todavía algunas resistencias, y es probable que muchas de ellas terminen en algún estrado judicial". "La plata no aparece, esa es la principal demanda de la sociedad, y nosotros no podemos hacer oídos sordos a esa demanda". "Acá no estamos aplicando una pena. No es un delito el decomiso de los recursos producto del delito. Lo que estamos haciendo es impedir que el crimen organizado siga contando con recursos para continuar su acción delictiva o para obstruir el accionar de la Justicia". "Corremos el riesgo que nos digan 'eso es más

de lo mismo'. Tenemos que marcar una diferencia e innovar porque la realidad nos está imponiendo que vayamos sobre soluciones diferentes".

Se discutió en el Congreso una ley de extinción de dominio, que como primer abordaje se podría decir que es llamativa toda norma que tenga como objeto la lucha contra el crimen organizado y sobre todo recuperar bienes que fueron objeto del delito. De hecho la gente lo ha recibido positivamente.

Al parecer, más allá de las buenas intenciones que dicen tener los defensores del proyecto de ley repitiendo todas las virtudes, que resultan ser de dudosa constitucionalidad, lo cierto es que se demostró que no importa si se aprobaba o no en el Congreso, lo importante era señalar la brecha, a la oposición de entonces como el espacio cómplice de la corrupción, sin notar que este decreto resulta potencialmente peligroso si cae en manos de procesos autoritarios o políticos de turnos que quieran marcar su poder.

2. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

Figura legislativa incorporada en nuestra Constitución desde 1994, en el art 99 inc.3. de acuerdo a este artículo la norma tiene dos requisitos esenciales para dictar un DNU, la primera se refiere a la habilitación que otorga al Poder Ejecutivo para dictar normas de carácter legislativo cuando en “circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, y como segundo requisito es la prohibición de legislar en “materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos”

Esto también surge del artículo 18 de la CN, en tanto ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

El DNU en la práctica tiene carácter de ley, pero para conservar su vigencia debe ser validado por el Congreso, el cual no puede introducir modificaciones y la única manera de derogarlo es con el rechazo de ambas cámaras, en el caso de no ser rechazado, automáticamente se presume su vigencia.

Lo que más interesa y llama la atención es la prohibición de legislar por parte del Poder Ejecutivo mediante DNU en materia penal, y a pesar de que se llame “régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio” claramente tiene mucho de materia penal, ya que todo lo examinado en el decreto depende de la imputación de un delito penal, como así también la pena del extinción del dominio que no es más que una desnaturalización del decomiso previsto en el código Penal.

La pregunta es ¿es un caso excepcional?, el argumento del entonces presidente Mauricio Macri expresado ante un discurso en la Casa Rosada, enero del 2019, fue: “lo hacemos por esta vía porque su aprobación es urgente y los proyectos están atascados hace años, ya esperamos demasiado”.

La CSJN ha interpretado en los casos “Verrochi”¹¹⁴ y “Consumidores Argentinos”¹¹⁵ que para que el presidente pueda ejercer facultades legislativas, es necesario estas dos circunstancias: 1- que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por nuestra C.N., es decir que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor; 2- que la situación que requiere solución legislativa sea de suma urgencia, de tal manera que se necesite inmediatamente en un plazo incompatible con los tiempos normales que demanda el dictado de una ley.

Al analizar esto decimos que el Poder Ejecutivo no podría dictar un DNU ante el rechazo de un proyecto de ley por el Congreso, ante la falta de acuerdo para su tratamiento o quórum para sesionar.

Casi todos los gobiernos han recurrido a la práctica de declarar DNU, han dictado decretos con fundamentos en situaciones de carácter político o económico y aun en ausencia de regulación constitucional. Como ejemplo se puede mencionar el 25 de enero de 1858 se rebajó el derecho de importación del aguardiente de caña que no excediere de 21% de graduación alcohólica. En 1975 Isabel Martínez de Perón mediante decreto 261/75 ordeno a las Fuerzas Armadas aniquilar a la subversión, procedimiento conocido como “Operativo Independencia”. Durante el 2002 unos de los decretos más controversiales, dictado por Eduardo Duhalde, estableció la pesificación de los depósitos bancarios.

¹¹⁴ Fallos: 322:1726.

¹¹⁵ Pronunciamiento del 19 de mayo de 2010.

La utilización de DNU siempre ha sido una herramienta tentadora para el Poder Ejecutivo, mediante la cual elude al Congreso para su aprobación.

La extinción de dominio tuvo un mal camino desde sus comienzos, cuando se presenta a modo de responder a los reclamos sociales por corrupción, en ese entonces estaba en boca de todos el caso de los “bolsos de José López”, el proyecto de ley es rechazado por la Cámara de Diputados. Y como muchos de otros gobiernos cuando no se logra llegar por el camino principal, se toma un atajo: Decreto de Necesidad y Urgencia.

Pero este DNU tiene dos problemas que ya fueron expuestos, primero no hay una verdadera necesidad y urgencia en cuanto a los términos del art. 99 inc 3 de la C.N. claramente el entonces presidente podría haber convocado a extraordinarias, esperar que empiecen las ordinarias o reunir más voluntades en el Congreso.

Como el estado de crisis es el que genera la situación de emergencia, veamos que señalo al respecto el Procurador General en el caso “Galli”¹¹⁶ *“Cabe recordar sobre el punto, que la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos.”*¹¹⁷

El segundo de los problemas también ya expresado, es la parte donde se prohíbe dictar DNU en materia penal, si señores, el decreto de régimen de extinción de dominio tiene todos los aspectos de “penal”, los redactores del decreto no fueron convincentes de la posibilidad de decomisos civiles independientes del proceso penal, esto se muestra claramente en la dependencia al fuero penal para la acción de extinción de dominio.

¹¹⁶ Hugo Gabriel Galli y Silvia Concepción Attardi presentaron un amparo para que se declare la inconstitucionalidad de actos, normas y circulares que vulneran su derecho de propiedad, al modificar la moneda de los bonos públicos en su posesión. Los actuantes se dirigían aquí al “orden constitucional forma original”, pero se encontraron con que el Procurador General y luego la Corte en verdad sostienen otro tipo de orden, cual es el de emergencia.

¹¹⁷ Véase el dictamen del Procurador General en la causa publicada en Fallos: 269:416, donde también se efectúa una reseña de los casos en que el Congreso o el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas hicieron uso de sus poderes para dictar leyes de ese carácter.

3. MINISTERIO PUBLICO FISCAL DE LA NACION C/LOZA, JOSE GONZALO Y OTROS S/SUMARISIMO

La aplicación del Régimen de extinción de dominio firmado por el DNU del entonces presidente Mauricio Macri, tuvo su estreno a gran escala con la solicitud del decomiso de casi USD 19 millones en propiedad y vehículos de los miembros del clan Loza, organización criminal.

Doce miembros de la banda fueron detenidos en diciembre del 2018 acusados de delitos de tráfico de drogas y lavado de dinero en Argentina, y como es una organización con conexiones internacionales, hay otros miembros que se investigan en España e Italia.

El clan poseía una sofisticada estructura de tráfico de cocaína que involucraba a varios países, siendo Perú y Bolivia los productores, Argentina como tránsito gracias a las aduanas corruptas y España y otros países europeos como distribución.

Además de esto, la organización tenía una eficaz forma de lavar millones de dólares provenientes de las ganancias ilegales a través de compras de propiedad y vehículos de lujo en diferentes países.

La causa recayó en el Juzgado Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaria N°19, expediente judicial con número 6876/2019, en ella se reclama una lista de 45 inmuebles distribuidos por CABA, provincia de Buenos Aires, Salta y Mar del Plata, unos 30 vehículos de alta gama, mas joyas y dinero en efectivo.

El juez federal a cargo del Juzgado Civil dispuso que las propiedades y las sumas de dinero en efectivo queden bajo la tutela de la Agencia para la Administración de los Bienes del Estado (AABE), esta demanda de extinción de dominio fue presentada por el Ministerio Publico Fiscal contra el denominado clan Loza.

Los fiscales Turano (Fiscal de la PGN a cargo de la Fiscalía Nacional en lo Penal Económico n°1) e Iglesias (Fiscal Federal a cargo de la Procuraduría de Narco criminalidad de la Procuración General de la Nación PROCUNAR) en la presentación sostuvieron que: “Todos los bienes cuya extinción de dominio se requiere fueron incorporados al patrimonio de los demandados sin causa lícita, dado que no han podido

probar actividad lícita en virtud de la cual habrían generado los ingresos necesarios para la adquisición de los bienes en cuestión” e inician demanda de extinción de dominio en los términos del art. 3 del Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio aprobado por el DNU 62/19.

Así comienza el primer caso de extinción de dominio contra las personas humanas miembros de la asociación criminal, pero también contra personas jurídicas como Inversoras Salteña S.A., Aguamarina S.A., Automóviles The Boss S.A., entre otros.

Afirman que las personas aquí demandadas ostentan la posesión, tenencia o titularidad de los mencionados bienes en los términos del art. 4 del Régimen de Extinción de Dominio. Alegan que se han ordenado embargos por 7 mil millones de pesos por delitos de la asociación ilícita dedicada al narcotráfico y lavado de activos, los cuales se han materializado mediante medidas cautelares respecto a cada uno de los bienes comprendidos. En virtud de lo previsto en el art. 6 peticionan que se disponga la extinción de dominio de dichos bienes de origen ilícito a fin de ser recuperados y destinados al Estado.

Consideran cumplidos los requisitos previstos en el Régimen de Extinción de Dominio, por lo que se pide las siguientes medidas cautelares.

- 1) Disposición anticipada de los siguientes bienes: automóviles de alta gama (Ferrari, Audi, BMW, Mercedes Benz, y otros)
- 2) Bienes cuya administración y conservación debe ser asumida por AABE: inmuebles ubicados en CABA, Salta y distintas partes de PBA como Pilar, Pinamar, San Fernando, Mar del Plata, etc. Derechos de posesión sobre terrenos de campos; Camionetas y camiones, motovehículos; Maquinarias (autoelevador, pala mecánica)
- 3) Bienes que deben ser depositados en cuenta especial, según art. 13, depósito en plazo fijo a los efectos de que devenguen intereses durante el proceso: dinero en efectivo y en cuentas de entidades bancarias, siendo en pesos argentinos, soles, pesos chilenos, pesos uruguayos, pesos cubanos, pesos mexicanos, euros y dólares.

- 4) Bienes que no requieren ser administrados, en tanto no se deterioran pero que por su alto valor pecuniario requieren resguardo en lugares con seguridad, por ello solicitan caja de seguridad bancaria para relojes y joyas.

En cuanto a esto, se indicó que merece destacarse el relieve publicístico del instituto cautelar pues “para evitar la desconfianza o el menosprecio de la justicia y salvaguardar el imperio de sus decisiones, corresponde a los jueces hacer lugar a medidas de cautela que, sirviendo a los fines del proceso, procuran la efectividad de la sentencia definitiva” (Superior Tribunal de Jujuy, 23/07/43, La Ley, tº 48, p. 842).

Al analizar las medidas cautelares solicitadas, se dijo en referencia a los siguientes puntos:

- 1) Disposición anticipada: rechazado.

La negativa está fundada en el art. 14 del DNU, donde es necesaria la comparecencia del afectado o de quien invoque un derecho real o personal sobre el bien, para proceder con la venta anticipada de los bienes, no pudiendo ser dictada inaudita parte.

- 2) Bienes administrados por AABE: aceptado.

Basándose en el art. 13 del DNU, el AABE deberá realizar una verificación del estado actual y valor de los bienes a fin de garantizar los derechos futuros de la parte interesada. Y marca que en faz de la seguridad jurídica que debe primar en el tráfico mercantil, esta medida cautelar no puede prosperar sobre aquellos bienes que se encuentren a nombre de un tercero.

- 3) Bienes depositados en cuenta especial: aceptado.

Tomando en cuenta el art. 13 del DNU, deberán depositarse en cuentas que generen intereses.

- 4) Bienes en caja de seguridad bancaria: aceptado.

Debiendo previamente realizar una tasación por peritos especializados para determinar su valor y cuidados requeridos para su conservación.

CONSIDERACIONES FINALES

- a) ¿Es justificación los delitos graves para implementar la extinción de domino?
- b) ¿Argentina es corrupta?

Al comenzar el desarrollo de este trabajo, se habló de la criminalidad organizada, que no son meros delitos convencionales y cada vez es más fuerte la conciencia de los países de luchar contra ellos ya que representan una amenaza a las instituciones del Estado.

Nadie negará la fuerza moral que tiene la persecución de las organizaciones criminales y la corrupción, la importancia de reducir las capacidades financieras y económicas de estos. Así que la respuesta a la primera pregunta es si, es justo luchar con todas las leyes posibles contra delitos graves que atenten contra el buen funcionamiento de un país, pero no hay que perder de vista que, la elección de los medios erróneos, y más si son tan manifiestos, favorecerá a los corruptos y vulnerarán derechos humanos.

Aun en las economías más avanzadas del mundo, existen signos de corrupción, pero se hace más evidente en los países donde el dinero tiene influencia en el poder político. En el caso de Argentina, nuestra historia estuvo marcada de hechos manchados por la corrupción, nos permite pensar ¿estamos condenados a ser un país corrupto?, en vez de creer que la corrupción está en nuestras raíces, deberíamos tomar la historia y aprender de ella.

En la década de 1880 el crecimiento agropecuario y la construcción de ferrocarriles y puertos, fueron grandes obras posibilitadas por el Estado nacional, esto requirió generar acuerdos con quien estaban en el rubro, comenzando las influencias y los “favores por dinero”; la crisis de 1930 produjo una creciente intervención del Estado mediante regulaciones, esto conformo el comienzo de la moderna corrupción. Durante 1946 y 1955 en la presidencia de Perón no hubo casos públicos de corrupción en parte porque el gobierno controlaba los medios, fueron años prósperos para las personas cercanas al gobierno; en 1958 las políticas de promoción industrial lanzadas por Frondizi, dieron lugar a luchas para sacar provecho del Estado y las ocasiones para el cohecho se multiplicaron; con el achicamiento estatal en 1976 se privatizó casi todas la empresas, y se beneficiaron los grupos de empresarios prebendarios.

En todos los hechos hubo decisiones políticas que favorecieron a un grupo u otro, y donde la “comisión” formaba parte de las decisiones. Aquí en el presente llegamos al punto en que el gobierno saquea al Estado, el agente corruptor es el Estado y no ya un grupo privado, lleva el nombre de cleptocracia.

Esta medida de extinción de dominio, altamente intrusiva en la libertad de las personas, no puede funcionar correctamente en un sistema institucional debilitado y con índice alto de corrupción, porque se transformará en una herramienta de inteligencia ilegítima, o como objeto de restringir o eliminar a los adversarios políticos.

- c) ¿Existen normas jurídicas para el recupero de activos?
- d) ¿Por qué no funciona el decomiso?

Como se observó en el desarrollo del trabajo, la extinción de dominio se trata de que el Estado le quita a una persona los bienes relacionados con el delito, cuando esto sucede en un proceso penal se denomina “decomiso”, y en general solo se aplica una vez condenada la persona, por ello se considera que el decomiso es una consecuencia accesoria a la condena. En el 2011 se introdujo una excepción para el caso de delitos contra el orden económico y financiero, en estos delitos se permite que los jueces puedan aplicar el decomiso sin necesidad de condena penal, en caso de fallecimiento o fuga del imputado, como así también si hubiera prescripto la acción. Lo cierto es que no se ha utilizado con eficiencia, el único caso en el que se aplicó fue en el 2016 con las “valijas de Antonini Wilson”.

Reconocemos que el decomiso tiene dificultades para llegar a ser una norma que cumpla con sus objetivos, donde parece ilusoria la posibilidad de recuperar los bienes ya que los procesos llevan años y años hasta llegar a una sentencia, siendo esta una de las causales que hace que no funcione correctamente. Pero es mejor reconocer los obstáculos que tiene la justicia y las leyes y trabajar para hacerlas más eficientes y no que la necesidad de dar respuestas rápidas, a problemas tan antiguos reclamados por la sociedad, nos lleve a crear normas deficientes y pobres constitucionalmente.

La respuesta entonces es, que hoy en día existen herramientas para que el Estado pueda recuperar los bienes de origen ilícito, es decir que el principal problema de la Argentina no es la falta de legislación sino la falta de aplicación eficiente de las leyes.

- e) ¿Por qué se eligió la acción civil?
- f) ¿Puede haber litispendencia?
- g) ¿Dentro de los delitos sobre lo que recae la extinción de dominio, porque se dejó de lado el fraude al fisco?
- h) ¿Hay leyes de extinción de dominio a nivel provincial?

La extinción de dominio a pesar de tener como premisa principal que es una acción civil, realmente es un desmembramiento del proceso penal y también del código aduanero. Por lo cual debió modificarse el Código Civil y Comercial con el objeto de reconocer la extinción de dominio y adecuarla a las normativas.

A modo de dilucidar por qué se decidió enmarcar el proceso bajo una acción civil, vamos a nombrar algunos aspectos notables. Primero la inversión de la carga de la prueba, ya que opera bajo estándares distintos a los del proceso penal.

Por otra parte, algunos autores han sostenido que se optó por crear una acción civil para que el Estado cuente con múltiples herramientas eficaces, tanto de carácter penal como no penal, para combatir la corrupción y el crimen organizado.¹¹⁸

Al ser una acción civil presenta el beneficio de celeridad, en tanto que es autónoma al proceso penal, no requiere condena previa. Pero no nos olvidemos también que si se encontraba dentro de la acción penal el Poder Ejecutivo no podría haberlo decretado por DNU y aún menos que sea retroactiva.

Ya se dijo anteriormente que a pesar de ser bajo acción civil, depende del proceso penal, conforme al art. 8º, el presupuesto necesario para la iniciación de la acción civil es el dictado de una medida cautelar en el marco del proceso penal.

¹¹⁸ Verón, Alberto V., Extinción de dominio, La Ley 04/02/2019, Cita Online: AR/DOC/160/2019.

Ahora bien, si luego de la sentencia firme que aprueba la extinción de dominio, el imputado queda absuelto en la sentencia penal no tendrá derecho a recuperar su patrimonio, a excepción de que el sobreseimiento o la absolucón sean fundados únicamente en la inexistencia del hecho investigado o en su atipicidad.

En otro supuesto, donde quede firme la sentencia de rechazo a la acción de extinción de dominio, el demandando aun quedará patrimonialmente expuesto, pues esa sentencia civil firme es inoponible en el proceso penal, por lo que podemos dar a la segunda pregunta, la opción posible de que se produzca litispendencia, donde el demandado quede sujeto a un doble juzgamiento por la misma causa y el decomiso de sus bienes.

En la ley de extinción de dominio de Perú por ejemplo, entre los delitos aplicables de esta acción se encuentra la defraudación tributaria, en Argentina no se habilita este supuesto, entonces si el bien proviene de una evasión tributaria del autor, el Juez Civil no podría dictar sentencia de extinción de dominio ya que no daría la condición de procedencia del artículo 6°.

No podría decir con exactitud porque se obvio la defraudación fiscal, pero si puedo intentar argumentar porque debería incluirse como un delito peligroso para el país, y por ende en condiciones de ser procedente de lavado de activos de organizaciones criminales. Es un delito doloso, es una estafa donde la víctima es el fisco y por ende el dinero evadido no es producto de una actividad legal.

Este delito, es un delito económico que debería haber ingresado al patrimonio del Estado, por lo que representa un perjuicio a la sociedad.

El decreto 62/2019 alude a los delitos de competencia federal, tal es el caso del narcotráfico, trata de personas, contrabando, secuestro extorsivo, etc. es decir que estas conductas quedan excluidas del alcance de las provincias, siendo exclusivo tratamiento de la justicia federal, por otra parte en el ámbito federal se investigan los delitos vinculados a la corrupción política.

Así que muchas de las provincias argentinas, presentaron proyectos para alinearse a la ley de extinción de dominio, o adecuaron normas locales para llegar a un fin similar, en delitos de gran daño para el Estado en general.

En la Provincia de Buenos Aires se encontró un camino para la aplicación de un recurso equiparable a la extinción de dominio, que permite al Estado provincial apropiarse de bienes originados por el narcotráfico y la corrupción, de ese modo se pudo enajenar y destinar a la fuerza policial vehículos secuestrados en causa penales que se investigan. La diferencia con la norma nacional, es que queda dentro del ámbito penal.

Así mismo, en Chaco se presentó un Proyecto de ley n° 302/2019 por el cual se crea en la Provincia el Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio, es una acción civil similar a la nacional, siendo lo recaudado por la venta de los bienes al siguiente destino: 50% al cumplimiento de la Ley de Fomento de la Actividad Privada en Actividades Culturales (Mecenazgo) y 50% será incorporado al Fondo Provincial del Deporte.

Del mismo modo, procedieron las provincias de Chubut y Córdoba presentando un proyecto-ley con características similares al régimen de extinción de dominio de acción civil nacional.

En Entre Ríos, está la posibilidad de enajenar bienes provenientes de causas penales por corrupción o narcomenudeo, contemplada en el Código de Procedimientos Penales, y aseguran que funciona bien por lo que no necesitarían aplicar una extinción de dominio.

Por su parte Mendoza logró sancionar un proyecto de aplicación de Ley de Extinción de dominio en la Justicia Provincial, se trata de una modificación al Código Procesal Civil de Mendoza y a la Ley del Ministerio Público Fiscal. Así podrá aplicar la ley de extinción de dominio y recuperar bienes vinculados con delitos complejos y destinarlos a un fondo especial, con asignación específica para la construcción y reparación de escuelas.

Salta, es una provincia donde se aprobó el proyecto de ley que prevé el decomiso de bienes a delincuentes y el destino de los mismos, su principal diferencia con la norma nacional es la competencia, siendo en esta provincia materia del fuero penal. Estableciendo que las multas, beneficios económicos y bienes decomisados productos de la narcocriminalidad se destinarán al solventar los gastos vinculados con las investigaciones de la narcocriminalidad.

La provincia de Santa Fe cuenta con la Agencia Provincial de Registro Administración y Destino de Bienes y Derechos Patrimoniales, que dispone de los objetos secuestrados por la justicia en marco de investigaciones penales y gestionan que pasen a la esfera estatal vía subasta o reutilización.

i) ¿Qué es el interés público?

j) ¿Hay derechos absolutos?

Cuando en este trabajo hablamos sobre la expropiación vimos que tiene como fundamento principal el interés público, que también lo persigue la extinción de dominio. Veamos de qué se trata.

Al interés público podemos definirlo con Escola, como “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”¹¹⁹

En una sociedad donde constantemente entran en colisión derechos colectivos y derechos individuales, es importante tener criterios coherentes que hagan que uno prevalezca sobre el otro.

Poder lograr esa coherencia es muy difícil, aquí es donde podemos incluir la segunda pregunta, ya que sin perjuicio de reconocer la existencia de derechos fundamentales, ninguno de los derechos, excepto el derecho a la vida, tienen constitucionalmente carácter absoluto.

¹¹⁹ Escola, El interés público como fundamento del derecho administrativo, Ed. Depalma, Bs. As. 1989, p. 237; Ochs, Algunos aspectos del instituto de declaración de inconstitucionalidad, en Rev. de Derecho Público N° 10, Ed. FCU, Mdeo. 1997, p. 160.

Lo que ocurre entonces, es la prevalencia del interés público, pero no al precio de sacrificar el interés particular, teniendo en cuenta el derecho de ser adecuadamente compensado por la pérdida o la disminución de sus derechos, de manera que su interés privado quede salvaguardado.

Realmente no se puede discernir el alcance, contenido y consecuencia del concepto de interés público, va a depender de la convicción razonable de quien la invoque. Esta noción de interés público se ha penetrado en la concepción clásica de los derechos, ya sea para limitarlos o para resolver conflictos.

k) ¿Cuáles fueron las causas excepcionales que permitieron el DNU?

La norma constitucional establece como presupuesto para dictar decretos de necesidad y urgencia: la existencia de “circunstancias excepcionales” que “hacen imposible recorrer el procedimiento legislativo”.¹²⁰ Es decir, debe tratarse de una situación extraordinaria o excepcional, siendo un hecho no habitual, imprevisible o difícilmente previsible, que impida cumplir con el trámite parlamentario.

Sancionar un DNU que no reúna los requisitos previstos por la Constitución Nacional, genera una situación de inseguridad jurídica, sobre la que se asienta nuestro sistema de gobierno representativo, republicano y federal.

El decreto de necesidad y urgencia nro. 62/2019, tal como ya se analizó en el desarrollo del trabajo, el Poder Ejecutivo nacional eludió las normas constitucionales, ya que no existía tal caso de excepcionalidad que se exige. Además existía un proyecto ley (exp. nro. 358-D 2016) con estado parlamentario vigente hasta el 29 de febrero de 2020, obtuvo media sanción el 23 de junio de 2016 en la Cámara de Diputados, y su aprobación con modificaciones por el Senado el 22 de agosto de 2018, pasando a la Cámara de origen para su tratamiento y a la espera del correspondiente debate parlamentario para su sanción.

¹²⁰ Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, EDIAR, 1995, tomo VI.

No existía una situación extraordinaria o excepcional, ya que solo se requería que el Poder Ejecutivo nacional convocara a sesiones extraordinarias entre el 3/12/2018 y el 28/12/2018, a pesar de tener dicha posibilidad opto por dictar el 21 de enero de 2019 el decreto de necesidad y urgencia.

Si pensamos en la urgencia aludida, también se debe pensar en las sesiones extraordinarias convocadas por el Poder Ejecutivo nacional en diciembre de 2018 para tratar 40 proyectos de ley sin incluir entre ellos el tema de extinción de dominio. ¿Cómo pudo convertirse en algo tan urgente de un mes a otro?

La Vigencia de los DNU tiene su fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional, que establece: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” y en el principio de seguridad jurídica que exige que se mantenga la vigencia de los decretos de necesidad y urgencia hasta tanto estos sean derogados formalmente por el Congreso.¹²¹

¹²¹ Esta posición ha sido sostenida por autores como Bidart Campos y Pérez Hualde, entre otros.

RESULTADO DE HIPOTESIS DEL TRABAJO FINAL DE CARRERA

Recordemos la hipótesis planteada: la acción civil de extinción de dominio afecta derechos fundamentales al relativizar garantías durante el proceso, generando además inseguridad jurídica por tener un plazo extenso de prescripción.

Como primer abordaje, me es oportuno marcar lo que afirmaba en abril de 2004 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas "los Estados deben procurar que toda medida tomada para combatir el terrorismo respete las obligaciones correspondientes en virtud del derecho internacional, en particular en virtud de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y a los refugiados así como al derecho humanitario"¹²²

Muchos países, ven en el recurso de la lucha antiterrorista y anticorrupción un medio oportuno para reforzar su poder y así también, justificar las afectaciones a los derechos del hombre.

El caso argentino no escapa de esta forma de actuar, ya que basándose en que el país debe recuperar los bienes de origen ilícito, dejaron en segundo plano los derechos fundamentales, tal como indica la hipótesis relativizaron garantías durante el proceso.

El Régimen de extinción de Dominio menciona expresamente algunos derechos a fin de poner en manifiesto que no serán vulnerados, como el derecho de defensa preservado conforme lo establece la Constitución Nacional, o que se reconoce el derecho a la propiedad establecido en el artículo 17 de la Constitución.

Debe entenderse que el debido proceso contiene varios derechos fundamentales entre ellos la presunción de inocencia, y tal como lo mencionan las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos, es obligación de los Estados observar la presunción en todos los procesos, inclusive aquí en la extinción de dominio.

Entonces, la primer parte de la hipótesis se cumple, ya que si bien respeta algunos derechos del proceso, como la posibilidad de defensa, de ser oído y de ser asistido por un defensor público, hay otros derechos que se limitan o vulneran, se quebranta la

¹²² Ver documento de las Naciones Unidas E/2004/23-E/CN.4/ 2004/127.

presunción de inocencia, se invierte la carga de la prueba e incluye tácitamente una presunción en contra del afectado, que puede generar litispendencia. También lesiona el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo (que es parte del derecho de defensa) ya que si el acusado no justifica su patrimonio, su silencio implica que sus bienes proceden de una actividad ilícita.

La segunda parte de la hipótesis nos plantea la inseguridad jurídica como consecuencia del plazo de prescripción.

La seguridad jurídica es un concepto tan amplio y de tales relevancias para el ordenamiento jurídico, que mal haría en tratar de abarcar cada elemento que la componen, por lo que me limitaré a evaluarlo desde la prescripción tal como lo nombra la hipótesis.

La prescripción es una figura que responde a la idea de seguridad jurídica, y su bondad ha sido reconocida por muchos juristas. Para Llambías encuentra su fundamento “en la conveniencia general de liquidar situaciones inestables y de mantener la paz de las familias, que no debe ser alterada por la repercusión de hechos ocurridos con mucha antelación”.¹²³

Teniendo en cuenta esto, se puede determinar que la prescripción desborda los plazos razonables, como unas de las reglas de la seguridad jurídica. Además de esto, al disponer que la acción de extinción tiene un plazo de prescripción de veinte años y que el plazo corre desde que los bienes ingresan al patrimonio y, si no puede determinarse, desde la fecha de presunta comisión del delito, pareciera que de alguna manera se está hablando de su retroactividad.

En conclusión, la extinción de dominio podría ser declarada inconstitucional por vulnerar la seguridad jurídica, pero más allá de esto, no olvidemos que la seguridad jurídica es un valor fundamental y esencial del Estado de Derecho.

¹²³ Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, Perrot, B. S. A. S., 1973.

CONCLUSION

Como comienzo de esta conclusión, voy a decir que el nombre de “ley de extinción de dominio” genera confusión, ya que el dominio no se extingue sino que se transfiere al Estado.

Es verdad que es un mecanismo de estrategia jurídica novedoso diseñado para combatir la delincuencia organizada y recuperar los bienes y/o derechos que han sido adquiridos como producto de una actividad ilícita. En la última década, varios países latinoamericanos han sancionado leyes similares, las redacciones han variado de acuerdo a cada país.

Se puede afirmar que la acción de extinción de dominio se rige mediante dos principios claves, primero la nulidad ab initio al afirmar que ningún negocio contrario al ordenamiento jurídico o en fraude a la ley puede ser válido, y el principio de prevalencia indicando que ningún acto jurídico realizado sobre los bienes objeto de la demanda es oponible a la acción de extinción de dominio, debe entenderse que este principio no significa que tenga valor superior a la Constitución Nacional.

En cuanto a la naturaleza jurídica, puede concluirse que ésta constituye un instituto jurídico sui generis, al poseer una naturaleza jurídica propia diferente a otros institutos jurídicos que afectan al dominio de la propiedad de una persona.

Con respecto a los derechos que podrían verse involucrados, no vulnera el derecho de propiedad si el bien o derecho adquirido se realizó de manera ilícita o delictiva, ya que en este caso no podrían gozar de protección legal, pero para que este supuesto se cumpla debe demostrarse y comprobarse la ilicitud que se alega. Mucho tiene que ver esto con el principio de inocencia que se ve claramente afectado cuando se establece la presunción de origen ilícito de los bienes como fundamento y con la carga dinámica de la prueba donde se obliga al afectado a conseguirla, siendo que va en contra del principio de inocencia, art. 18 CN “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, sino que el Ministerio Público Fiscal es quien mediante investigación adecuada, debería comprobar la culpabilidad.

Se podría justificar la afectación del principio de presunción de inocencia, indicando que es de única aplicación en el derecho penal, al respecto la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de Ricardo Baena y otros vs Panamá, estableció: *“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes”¹²⁴

La regulación de la extinción de dominio es un paso significativo para avanzar en la lucha del crimen organizado, pero debió hacerse respetando adecuadamente los derechos fundamentales, a fin de evitar que en un examen de norma jurídica sea declarada inconstitucional, y por ende no se logre su cometido.

Otro punto a señalar, es la existencia de figuras jurídicas similares a la extinción de dominio, las cuales ya fueron desarrolladas. Como se nombró el decomiso es una de estas figuras, la cual se encuentra directamente vinculado los delitos que enmarca la extinción de dominio, pero no es autónomo de la materia penal, por lo que se basa en los principios y tiempo de esta materia.

El decomiso tiene varias condiciones que respaldan la legalidad y el derecho de propiedad: a) debe ser dispuesto por el juez en una sentencia condenatoria, b) debe tratarse de bienes que en sentencia fundada, hayan servido para cometer el delito, sean su producto o provecho, c) se deja a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Por otro lado existen, leyes y resoluciones que establecen procedimientos y mecanismos para disponer de los bienes decomisados.

En fin, el país cuenta con mecanismos ya existentes que tienen la misma finalidad que la extinción de dominio, donde no se vulneran los derechos humanos respetando las garantías constitucionales.

¹²⁴ (www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/.../14024610.010-1874.d.Fecha de consulta 12/06/2015)

Ante esto, se justifica la extinción de dominio diciendo que es necesario dotar al sistema de justicia de nuevas herramientas que otorguen agilidad, celeridad y eficacia para dar respuesta a la sociedad, pero no están tomando en cuenta las consecuencias de inseguridad jurídica y es más, hasta podría llegar a convertirse en un instrumento de persecución si en el futuro se alteran los fines en los que se inspiró.

Por todo esto es preferible fortalecer la figura del decomiso que bien podría ser mejorado y perfeccionado, dotando de herramientas ágiles a los magistrados para impulsar estas investigaciones y lograr un sistema jurídico más rápido, antes que aprobar un proceso de extinción de dominio.

Sin duda, el fin buscado es válido, ya que nadie puede alegar el derecho de propiedad sobre bienes mal habidos. Pero el fin no justifica los medios, y el DNU 62/219 tiene muchos puntos débiles, si la doctrina y la jurisprudencia impugnan estos medios, no podrá llegarse nunca al propósito buscado y se favorecerían los corruptos. Entonces ¿Por qué no optimizar los instrumentos jurídicos con los que cuenta Argentina en vez de crear normativas que complicaría más la situación?

Si tuviera que resumir en pocas palabras usaría la conclusión de Alberto Bianchi sobre el DNU62/219: “está inspirado en los más loables propósitos, pero ha elegido mal los medios para llevarlos a cabo”¹²⁵

¹²⁵ Bianchi, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 79, Nº 1, julio 2019, p. 49. [N. del E.: ver aquí; fuente: CACBA; última consulta: 16/10/2019]

BIBLIOGRAFIA

A) Referencias Bibliográficas

- Alvarado Velloso, Adolfo. Lecciones de derecho Procesal adaptadas a la legislación civil y penal de la Provincia de Buenos Aires por Gustavo Calvino y Gabriel H. Di Giulio. Ed. Astrea, año 2015.
- Bianchi, Alberto, “Notas al régimen de la acción civil de extinción del dominio”, en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, t. 79, N° 1, julio 2019.
- Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, EDIAR, tomo VI. Año 1995.
- Borda, Guillermo A. La reforma de 1968 al Código Civil, Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina. Año 1971.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Decimosexta Edición, Buenos Aires. Argentina, Editorial Heliasta, Tomo II, año 1981.
- Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles; Guatemala, Editorial Serviprensa S. A. Año 2004.
- D’Alessio, Andrés José, Código Penal de la Nación comentado y anotado, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I. Año 2004.
- Escola, Jorge Héctor, Compendio de Derecho Administrativo, Vol. II., Buenos Aires, Argentina. Ed. De Palma. Año 1984.
- Freitas, Augusto Teixeira. Escobo, Rio de Janeiro, Brasil. 1952.
- Friedrich, C. Corruption concepts in historical perspective. En: A. J. Heidenheimer, M. Johnston & V.T. LeVine (eds.), Political corruption: A handbook. New Brunswick: Transaction Publishers. Año 1989
- Garzón, J.C. “La rebelión de las redes criminales: El crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican”. Woodrow Wilson International Center For Scholars. Latín América Program. Boletín, marzo de 2012. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.
- González Da Silva, Gabriel, Consideraciones sobre la operación “lava jato”. Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e “impeachment” en el Brasil, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 05, junio 2016.

- González Da Silva, Gabriel, Comentarios al nuevo régimen legal del arrepentido en los “delitos de corrupción”, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VII, N° 01, febrero 2017.
- González Linares, N. Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales. Lima: Jurista. Año 2012.
- Guillermo, Jorge. “Recuperación de Activos de la Corrupción”, Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto SRL, año 2008.
- Hernández Valle, Rubén. El régimen jurídico de los derechos Fundamentales en Costa Rica San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, año 2002.
- Hernández, J. Naturaleza Constitucional de la extinción de dominio. Economía Colombiana, 309, 60-65. Año 2005.
- Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. II, ed. Perrot, Buenos Aires. Argentina, año 1973.
- Llerena, Baldomero Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino Buenos Aires, 2ª: Edición, tomo I. Año 1899.
- Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado, T 1., Ed Rubinzal Culzoni. Año 2014
- Maier Julio, Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, Buenos Aires, Argentina, Editorial del Puerto, año 2004.
- Malem Seña, Jorge. La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Barcelona, España. Ed. Gedisa; año 2002.
- Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Buenos Aires, Argentina. Ed. Abeledo Perrot; año 1997.
- North, Douglass. Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico, México: Fondo de Cultura Económica. Año 1993.
- Ortega Carrillo de Albornoz, A., La propiedad y los modos de adquirirla, en Derecho Romano y en el Código Civil, Granada, año 1991
- Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, 14º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, año 1998.
- Palacio, Lino E.: "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo I, Año 1975.
- Salvat, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil” (Parte 7Gfisneral). Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, Argentina. Año 1931.

- Savigny, Frederic. “Traité de la Possession en Droit Romain”, 7º, ed. Bruxelles, año 1866.

B) Referencias Normativas

- C.N.C.P, “Starkman, Fabián Adolfo s/ recurso de casación”. Sentencia del 21 de noviembre de 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala 03. Magistrados: CATUCCI – BORINSKY. Id SAIJ: FA13261340
- C.S.J.N. “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Sentencia del 16 de noviembre de 2004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Petracchi - Fayt - Maqueda - Zaffaroni - Highton de Nolasco. Id SAIJ: FA04000213
- C.S.J.N. “Trans. American Aeronautical Corp. c/ Dirección General Impositiva”. Fallos 308:2359.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Res 55/25, U.N. Doc. A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000.
- Decreto nº 62/2019. Régimen Procesal de la Acción Civil de Extinción de Dominio. Ciudad de Buenos Aires, 21 de enero de 2019.
- Expediente nº 19571. Proyecto de ley: Ley de Extinción de Dominio. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. Diciembre 2015
- Ley de Extinción de Dominio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto nº 55-2010.
- Ley nº 23984. Código Procesal Penal de la Nación Argentina.
- Ley nº 11179. Código Penal de la Nación Argentina.
- Ley nº 17454. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Ley nº 24430. Constitución de la Nación Argentina.
- Ley nº 26994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

C) Referencias Electrónicas

- Bienes objeto de secuestro en causas penales. Custodia y disposición. Sancionada: Setiembre 26 de 1974. Promulgada: Octubre 11 de 1974.

- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000139999/136925/text.act.htm>
- Blanco Cordero, Isidoro, Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/esp/Documentos/OEA%20CICAD%20LIBRO%20EDICION.pdf
 - Buscaglia, E., González, S. & Prieto, c. (2002). Causas y consecuencias del vínculo entre la delincuencia organizada y la corrupción a altos niveles del Estado: mejores prácticas para su combate. Recuperado de: <https://culturadelalegalidad.org.mx/recursos/Contenidos/Articulosdeintersgeneral/documentos/Causas%20y%20Consecuencias%20del%20Vinculo%20entre%20la%20Delincuencia%20Organizada%20y%20la%20Corrupcion%20a%20Altos%20Niveles%20del%20Estado%202002.pdf>
 - Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica 7 Al 22 De Noviembre De 1969. Ver en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
 - Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>
 - Escudero Pinto. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 26 de mayo de 2015. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derechoycienciaspol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>
 - Global Financial Integrity. Transnational Crime and the Developing World Channing May March 2017. https://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf
 - Jenner Alonso Tobar Torres, “Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia”, Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, 14 (26) (2014): <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v14n26/v14n26a03.pdf>
 - Ley n° 27304 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000269999/267115/normal.htm>

- Maier, Julio. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 15 de julio de 2015. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derechoycienciaspol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción. RESOL-2018-27-APN-OA#MJ. Ciudad de Buenos Aires, 1º de octubre de 2018. : <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000314999/314938/norma.htm>
- Vanossi, Jorge. Conferencia “Maestros del Derecho” Universidad Abierta Interamericana. 21 de agosto de 2013. Ver en: <https://www.uai.edu.ar/facultades/derechoycienciaspol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/>