

Rafael Simón Jiménez Tapia
Emilio J. Urbina Mendoza

**EL COMISO AUTÓNOMO
Y LA EXTINCIÓN
DE DOMINIO
EN LA LUCHA CONTRA
LA CORRUPCIÓN**

*Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías,
Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 3*



Editorial Jurídica Venezolana
2020

EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA
LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

1. Allan R. Brewer-Carías (Editor), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario-populista. América Latina: debates sobre la democracia*. 80 años de Dieter Nohlen, Coloquio Iberoamericano No. 200, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 11 septiembre 2019, (Prólogo: Armin von Bogdandy), Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 322.
2. Luis Fraga Pittaluga, *Arbitraje tributario nacional e internacional* (Prólogo: Allan R. Brewer-Carías), Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 168.
3. Rafael Simón Jiménez Tapia y Emilio J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 262.

RAFAEL SIMÓN JIMÉNEZ TAPIA
MAGISTER EN POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA) Y ESPECIALISTA EN INVESTIGACIÓN Y RE-
CUPERACIÓN DE ACTIVOS (UNIVERSIDAD DE GRANADA)

EMILIO J. URBINA MENDOZA
DOCTOR EN DERECHO (UNIVERSIDAD DE DEUSTO)
PROFESOR POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

*Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías,
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Católica Andrés Bello, No. 3*

Editorial Jurídica Venezolana
Caracas, 2020

© RAFAEL SIMÓN JIMÉNEZ TAPIA - EMILIO J. URBINA MENDOZA
e-mail: urbina2005@gmail.com
ISBN 978-1-63625-531-6
Editorial Jurídica Venezolana
Sabana Grande, Av. Francisco Solano, Edif. Torre Oasis, Local 4, P.B.
Apartado Postal 17.598, Caracas 1015-A, Venezuela
Teléfonos: 762.2553/762.3842 - Fax: 763.5239
E-mail fejv@cantv.net
<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>
Impreso por: Lightning Source, an INGRAM Content company
para: Editorial Jurídica Venezolana International Inc.
Panamá, República de Panamá.
Email: ejvinternational.com
Diagramación, composición y montaje
por: Mirna Pinto de Naranjo, en letra Times New Roman 12,
Interlineado 13, mancha 12.5 x 20

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS	13
-----------------------------	----

Nota Introductoria:

LAS NORMAS CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: ¿NUEVA BABELIA NORMATIVA?	15
---	-----------

Capítulo Primero:

EL MARCO JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA COMO FUNDAMENTO DE LAS MODIFICACIONES DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL. EL CONTEXTO GLOBAL DE LAS REVOLUCIONES DEL “MAS”, Y DE LA EXPANSIÓN SOCIO-ECONÓMICA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....	42
1. La violación de los derechos humanos como génesis de los mecanismos internacionales contra la delincuencia económica.....	46
2. Las organizaciones especializadas internacionales y la lucha contra la delincuencia económica.....	49
3. El tratamiento al “Estado” como víctima de los delitos económicos y su legitimación para ser defendido en otras jurisdicciones.....	52
II. LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....	54

1. Marco de las Naciones Unidas y otras organizaciones multilaterales. El poder y capacidad organizativa de los grupos de investigación, seguimiento y de especialización de los órganos del sistema de Naciones Unidas	56
2. Las Convenciones y Tratados de las Naciones Unidas contra la delincuencia económica.....	57
A. La Convención de Viena de 1988 sobre Drogas	60
B. La Convención de Palermo de 2000 sobre Delincuencia Organizada.....	66
C. La Convención de Mérida de 2003 contra la Corrupción	66
3. Otros Convenios internacionales conexos: La Directiva 2014/ 42/UE del Parlamento Europeo sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del Delito. Los antecedentes de los Convenios Civil y Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa	71

Capítulo Segundo:

EL FUNDAMENTO TEÓRICO PARA LOS CAMBIOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS: LA TESIS DEL DERECHO PENAL A DOS VELOCIDADES EN EL MARCO DE LA GLOBALIZACIÓN

I. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL TRADICIONAL.....	79
II. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL A DOS VELOCIDADES Y SU INFLUENCIA EN LAS NUEVAS FORMAS PARA ENFRENTAR A LA DELINCUENCIA ECONÓMICA INTERNACIONAL	82

Capítulo Tercero:

LA TRANSFORMACIÓN DEL COMISO TRADICIONAL EN AUTÓNOMO COMO FORMA ALTERNATIVA PARA SANCIONAR DELITOS ECONÓMICOS EN EL MARCO GLOBALIZADO

I. EL COMISO TRADICIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN LA DELINCUENCIA ECONÓMICA.....	88
1. Orígenes, evolución y universo conceptual definitorio.....	89

A.	Universo conceptual definitorio	93
2.	Evolución del comiso tradicional en los ordenamientos español y venezolano	97
A.	El comiso tradicional en España.....	98
B.	Evolución del comiso tradicional en Venezuela.....	102
3.	Naturaleza jurídica del comiso tradicional.....	119
A.	Como pena	120
B.	Como medida de seguridad	121
C.	Como institución civil.....	122
D.	Como sanción	124
E.	Como accesoriedad.....	124
4.	Bienes sobre los cuales recae el comiso tradicional.....	126
II.	EL COMISO AUTÓNOMO Y SUS MÚLTIPLES ACEPCIONES EN EL DERECHO COMPARADO, DE CARA COMO FORMA ALTERNATIVA PARA SANCIONAR DELITOS ECONÓMICOS	130
1.	El comiso autónomo y su introducción como mecanismo coadyuvante contra los delitos económicos, especialmente, en los delitos de corrupción.....	131
A.	La teoría de la conducta racional y los costos delictuales	132
B.	Concreción en los instrumentos internacionales contra la delincuencia económica.....	138
a.	En la Convención de Viena de 1988	138
b.	En la Convención de Palermo de 2000	139
c.	En la Convención de Mérida de 2003	140
2.	Aproximaciones conceptuales del comiso autónomo y sus diferentes acepciones asumidas en la legislación comparada	141
A.	Aproximación definitoria.....	141
B.	Naturaleza jurídica del comiso autónomo	148
a.	La tesis de la accesoriedad penal	150
b.	La tesis del enriquecimiento injusto o sin causa	151
C.	Tipologías de comisos autónomos globales	158
a.	El modelo angloamericano.....	159

b. El modelo español.....	160
c. Características	160
d. Tipologías.....	162
III. EL PROBLEMA INTERNACIONAL SOBRE EL RÉGIMEN PROBATORIO APLICABLE AL COMISO AUTÓNOMO Y EL MECANISMO DE LOS INDICIOS Y PRE-SUNCIONES	163

Capítulo Cuarto:

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

I. ANTECEDENTES Y APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO COMISO AUTÓNOMO LATINOAMERICANO	169
1. El carácter de “actio in rem”	171
2. El cuestionamiento sobre el origen propietario.....	173
3. El origen ilícito del bien y no culpabilidad del titular.....	174
4. La separación entre las nociones de lo “ilícito” de lo “punible”	174
5. La desproporción patrimonial	175
II. LA “ILICITUD” DE LA ADQUISICIÓN PROPIETARIA Y LA “EXTINCIÓN DE DOMINIO” Y SU POSIBLE FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA SOBRE EL DERECHO PROPIEDAD.....	178
III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	183
IV. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO PERUANO	192
V. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO	198
VI. LAS OPINIONES Y CONTROVERSIAS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO POR VIOLENTAR LOS PRECEPTOS DE TRATADOS Y CONVENCIONES AMERICANAS SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	204

Capítulo Quinto:

**EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
PAUTAS PARA SU FUTURA RECEPCIÓN EN VENEZUELA**

I.	LA SOLUCIÓN PRESUNTAMENTE “PETREA” DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999 Y LAS DIFICULTADES CONSTITUCIONALES PARA INCORPORAR AL COMISO AUTÓNOMO O A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.....	209
II.	EL PROYECTO DE LEY DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PROVENIENTES DE LA CORRUPCIÓN.....	218
	1. Estructura del proyecto de Ley de Recuperación de activos producto de la Corrupción	219
	2. Comparativo entre el Código de Extinción de Dominio colombiano y el proyecto de Lerapc	230
	EL FUTURO DEL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. REFLEXIONES FINALES PARA SU ESTUDIO GLOBAL Y VENEZOLANO.....	232
	BIBLIOGRAFÍA	241

LISTA DE ABREVIATURAS

ANC	Asamblea Nacional Constituyente
BOE	Boletín Oficial de Estado (España)
CEC	Código de Enjuiciamiento Criminal (Venezuela)
CIDH	Corte Interamericana de los Derechos Humanos
CNUCTISS	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas
CNUCDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
COPP	Código Orgánico Procesal Penal (Venezuela)
CPC	Código de Procedimiento Civil (Venezuela)
CPE	Código Penal Español
CPI	Corruption perception index
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DLE	Diccionario de la Lengua Española
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
GO	Gaceta Oficial Ordinaria (Venezuela)
GOE	Gaceta Oficial Extraordinaria (Venezuela)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (España)
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)
LCC	Ley contra la Corrupción (Venezuela)
LERAPC	Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción (Venezuela)
LMEDO	Ley Modelo sobre Extinción de Dominio

LOCDOFT	Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo (Venezuela)
LOD	Ley Orgánica de Drogas (Venezuela)
LOJCA	Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Venezuela)
LOSPP	Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (Venezuela)
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TER	Teoría de la Elección Racional
TSJ/SC	Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional (Venezuela)
TSJ/SCC	Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Civil (Venezuela)
TSJ/SPA	Tribunal Supremo de Justicia/Sala Político-Administrativa (Venezuela)
TSJ/SCP	Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Penal (Venezuela)
UNCAC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida 2003)
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

NOTA INTRODUCTORIA:

LAS NORMAS CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA: ¿NUEVA BABELIA NORMATIVA?

A finales de la década de los 80 del siglo pasado cuando el orbe vislumbraba el fin de los grandes bloques divididos por el telón de acero, una nueva concepción global dinamizada sembraría desconocidas formas de organizar los espacios societarios, los Estados y el propio comportamiento del ciudadano promedio que se abría hacia una época de plenitud económica expansiva, quizá nunca vista hasta el momento¹.

Aparece el fenómeno conocido como *sociedad postindustrial*², y con ella, los aspectos negativos que había erradicado el Derecho moderno, como la interdicción de la arbitrariedad³; facilita la incubación de embriones antijurídicos que poco a poco postrarían la vieja cartografía institucio-

¹ Véase SALOTRI VIVEZ, S. y MUÑOZ HAEDO, R (Coord). *El estado del bienestar en la encrucijada*, Universidad de Alicante, Alicante. MANTILLA VALBUENA, S.C. 2008, “Más allá del discurso hegemónico: narcotráfico, terrorismo y narcoterrorismo en la era del miedo y la seguridad global”, *Papel político*, N° 1, Vol. 13, 2007, p. 227-259.

² Para más detalles, véase TOURAINE, A. *La sociedad postindustrial*, Ariel, Barcelona, 1969. GÖSTA KNUD, J.E.A. “El estado de bienestar en la sociedad postindustrial”, *Debats*, N° 49, 1994, p. 56-61. Cohen, D. *Tres elecciones sobre la sociedad postindustrial*, Katz Editores, Madrid, 2007.

³ Sobre el particular, véase POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M. *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, Editorial Porrúa, México D.F., 2001, SCHÜNEMANN, B. Y SILVA SÁNCHEZ, J.M. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991. HASSEMER, W. “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 45, Fasc/Mes 1, 1992, p. 235-250.

nal, ésta última, heredada de la modernidad y los esquemas sociales del bienestar de la posguerra, bosquejada en la clásica obra de J. FOURASTIÉ⁴.

Problemas propios de la expansión económica de los mercados desregularizados⁵, más allá de las fronteras estatales, facturaría también conductas delictuales con propósitos económicos cual espejo de las corporaciones transnacionales⁶. La delincuencia organizada, por utilizar un mote extendido en la literatura especializada⁷, aprendió a surcar sus antiguas fronteras, usando los mecanismos que la globalización y sus procesos conexos apalancaron al nuevo modelo económico de mercados sin fronteras y sin limitación alguna⁸. En resumidas cuentas, usando la terminología de URLICH BECK, estamos en presencia de la dimensión quimérica de la *sociedad del riesgo global*⁹.

Dentro de este complejo enramado de viejos problemas con nuevos ropajes, uno de los campos sometidos a tensiones por encima de su propias bases dogmáticas e históricas, –robustas e incuestionables– es el De-

⁴ FOURASTIÉ, J. *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Fayard, 1972.

⁵ Véase BERNALDO DE QUIRÓS, L. “Liberalización, desregulación y mercado”, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 12, 2000, p. 221-238.

⁶ Véase BECK, U. *La democracia y sus enemigos*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2000.

⁷ Sobre el particular, véase ANGUITA OLMEDO, C. “La delincuencia organizada, un asunto interior de la Unión Europea: concepto, características e instrumentos para su neutralización”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, Nº 2, 2010, p. 152-172. GARCÍA COLLANTES, A. “Delimitación conceptual de la delincuencia organizada”, *Derecho y Cambio Social*, Nº 37, 2014, p. 1-19. PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.) *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016. CONTRERAS LÓPEZ, M.E. “Análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Valencia*, Nº 13, 2006, p. 143-163. TORRES BUELVAS, J.E. “Zonas grises y delincuencia organizada transnacional: desafíos para la soberanía del Estado en América Latina”, *Revista Via Iuris*, Nº 27, 2019, p. 318-349.

⁸ Véase Williamson, J. *The Political Economy of Policy Reform*, Institute for International Economics, Washington D.C 1994. CLIFT, J. “Más allá del Consenso de Washington”, *Finanzas & Desarrollo*, Vol. 40, Nº 3, 2003, p. 9-35. GEORGE, S. y WOLF, M. *La globalización liberal. A favor y en contra*, Editorial Anagrama, Barcelona, 2002.

⁹ BECK, U. *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.

recho¹⁰. Desde la introducción del constitucionalismo a finales del siglo XVIII y su constante evolución hasta nuestros días, el talante garantista ha marcado el compás referencial en la dogmática penal para la elaboración de todas las soluciones en Derecho, siempre pensando que los problemas criminales respondían a dinámicas también estáticas, basadas en la experiencia del control estatal del crimen. Con la globalización, la criminalidad económica, aprovecha sus más delicados resortes para proliferar y tecnificarse, partiendo que ésta última optimiza todos los mecanismos globalizadores para su proliferación y mixtificación hasta formas insospechadas. De allí que, sea necesario dar respuestas “globales” a problemas “globales”¹¹.

Este núcleo protector de las garantías de los derechos fundamentales ha sido el límite por excelencia del legislador penal en su actividad de ponderación de la realidad¹². No puede concebirse ningún mecanismo, concepto o procedimiento del Derecho penal sin que obligatoriamente pase por la criba de los derechos fundamentales. Ahora bien, como ha determinado la doctrina, muchas veces estos principios, si no se coordinan a nivel internacional, termina por concebirse como focos de propagación de paraísos jurídico-penales, en razón que, la propia delincuencia económica ha encontrado las formas para apropiarse del sistema estatal y hasta de moldear el *ius puniendi* de muchos Estados¹³.

Este modelo protectorio tiene su fundamento en el concepto de ley, que como bien lo expresó el catedrático EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “(...) *definía un orden abstracto de justicia con pretensión de estabilidad*

¹⁰ Véase MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C. *Postmodernidad y Derecho Público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 59-67.

¹¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Criminalidad organizada y delitos económicos*, Guía de clases Master Derecho Penal Económico Internacional-IAEU, Madrid, 2019, p. 5.

¹² Véase ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2010, N° 44, p. 43-59.

¹³ Baste recordar el caso del jefe del Cártel de Medellín en la década de los 80 del siglo pasado, PABLO ESCOBAR GAVIDIA, en el cual, “concertó” con el Estado colombiano el establecimiento de una prisión (área de Envigado - Colombia) construida con dineros del narcotráfico, para confinarlo con privilegios. La prisión se transformó en una suerte de espacio vigilado donde proseguía la dirección de sus negocios del narcotráfico. Este es un ejemplo destacable de la capacidad de la delincuencia económica de postrar a los Estados si éstos últimos deciden enfrentarlos desde las ópticas tradicionales y de forma unilateral.

y permanencia, sobre el cual los sujetos podrían planificar sus vidas con seguridad y certidumbre, conociendo de antemano el límite de libertad que la Ley les protegía y el alcance exacto de la sumisión al Poder Público (...)”¹⁴. Esa noción fue permeada por las múltiples manifestaciones que sobrepasaron la capacidad legislativa para prever esquemas eficientes, donde se incluye, aquellos diseñados para el combate contra el delito sea cual sea su revelación o tipología.

Esta incapacidad estatal ha hecho proliferar reglamentaciones más allá de nuestras fronteras. Anualmente se aprueban y suscriben tratados, convenciones, protocolos anexos, memorándums de intención, borradores de los grupos de seguimiento y toda esta geografía documental del *Ius Cogens*, pareciera construir una nueva *babelia terminológica* sobre la delincuencia organizada. Todo se maximiza hacia dimensiones nunca vistas, donde todas las escuelas del Derecho penal participan, dejando siempre en las conferencias, sus posturas, polémicas y otras expresiones que construyen una nueva torre de babel lingüística.

Visto este introito, uno de los flagelos resaltados en esta sociedad del riesgo global, está relacionada con las diferentes manifestaciones de la delincuencia económica, ramificada en tres líneas troncales: *la corrupción, la delincuencia organizada y el narcotráfico*. El problema ha sido más complejo como para ser resuelto con una sistemática integral de la legislación punitiva y así limitar sus tentáculos y efectos sociales. Ya no es tan solo la aplicación de definiciones clásicas sobre corrupción, tráfico de drogas, políticas antimafia, que pueda enmarcarse en ese esquema de modernidad jurídica clásica donde la problemática social se resolvía con una eficiente reforma intrasistémica de la legislación, la modernización de los órganos policiales y el fortalecimiento del Poder judicial. Veamos uno por uno.

La corrupción es una *lacra*¹⁵ que no sólo afecta y se asocia al mal funcionamiento de las administraciones públicas¹⁶, sino, que se ha convertido

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 50.

¹⁵ USLANER, E. M. “Confianza y corrupción: sus repercusiones en la pobreza”. En: *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, CEPAL, Santiago de Chile 2003, p. 229.

¹⁶ SALINAS JIMÉNEZ M. DEL MAR y SALINAS JIMÉNEZ, J. “Corrupción y actividad económica: una visión panorámica”, *Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*, 2007, N° 180, p. 110.

en uno de los más abyectos mecanismos para generar y perpetrar la pobreza¹⁷, al punto que basta con verificar los índices internacionales más reputados de percepción sobre corrupción (*Corruption perceptions index*)¹⁸ y compararlos con el rendimiento económico de los países con la calificación más baja para comprobar una relación directa entre el enquistamiento corrupto y el pobre desempeño de las economías, niveles de crecimiento y eficiencia del Estado¹⁹.

La *delincuencia organizada* también como línea troncal, es tanto una “empresa criminal” como una “criminalidad en la empresa”²⁰ donde lo determinante para la consecución de utilidades de origen ilícito, es su capacidad orgánica donde se aprovechan todas las técnicas existentes tanto de planificación, determinación de mercados y ejecución de resoluciones criminales. Inclusive, descubren y otean sistemáticas de superación de errores en sus prácticas cuando se vuelven ineficientes. El hecho de instrumentalizar el sistema económico nacional para obtener cualquier tipo de ganancias a cualquier costo o bien, “insertándose en el propio sistema económico como un sujeto más de mercado y las relaciones económicas”²¹; terminan por crear un entramado criminal de difícil erradicación por métodos tradicionales u ortodoxos, pues, de hacerlo, también se corre el riesgo de fragmentar o debilitar al sistema económico.

¹⁷ USLANER, E.M. *Ob. cit.*, p. 231-232.

¹⁸ El *Corruption perceptions index* (índice de percepción de la corrupción), es un documento elaborado anualmente por la ONG *International Transparency* a los efectos de aglutinar indicadores objetivos sobre incidencia de la corrupción país por país. En el informe correspondiente al 2019 (CPI 2019), observamos que los países calificados como de mayor corrupción en el ranking (Libia, Corea del Norte, Afganistán, Guinea Ecuatorial, Sudán, Venezuela, Yemen, Siria, Sudán del Sur y Somalia), existe un muy mal desempeño económico. Nosotros queremos hacer referencia a Venezuela, donde nos hemos desempeñado como asesor de la Comisión Permanente de Contraloría de la Asamblea Nacional (Parlamento nacional venezolano). De forma gráfica descendimos de la casilla n° 168 (2018) hasta la n° 176 (2019), sitiándonos como una de las naciones más corruptas del planeta. Véase www.transparency.org/cpi. Para el caso venezolano, véase *Transparencia Internacional*, Capítulo Venezuela <https://transparencia.org.ve/venezuela-es-el-pais-mas-corrupto-en-america-y-el-caribe-segun-el-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2019/>

¹⁹ FERNÁNDEZ DÍAZ, A. “Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción”, *Revista española de control externo*, Vol. 12, n° 36, 2010, p. 151.

²⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Ob. cit.*, p. 6-7.

²¹ *Ibid.*

La tercera manifestación de la criminalidad económica está vinculada al *narcotráfico*. Además de ser un flagelo económico por sus ramificaciones y penetración en casi todas las estructuras del sistema financiero occidental²², es calificada como un problema que afecta directamente a la salud pública. Es una potencial forma organizacional que amén de lo indicado, afecta directamente sobre el porvenir de las sociedades, en razón que, los grupos etarios más susceptibles de transformarse en víctimas se ubican en las edades más tempranas de la vida humana que son la reserva del futuro. Las drogas son, de esta forma, el más peligroso enemigo de la juventud y del porvenir de cualquier nación.

Visto así las magnitudes de la corrupción, la delincuencia organizada y el narcotráfico, y la más clara preocupación global sobre sus avances o retrocesos, se han concebido y aprobado sendos tratados internacionales, algunos subcontinentales como la pionera CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN (1996)²³, los relativos al combate contra el tráfico de drogas regionales, protocolos marcos e iniciativas desde los años 70 por la OCDE²⁴. Sin embargo, los de mayor peso en la materia se circunscriben a tres: la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC 2003)²⁵, la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES CONTRA

²² Véase UNITED NATIONS OFFICE ON DRUG AND CRIME. *World Drug Report 2017*, UNODC, Washington DC. 2017. El informe global, dividido en 5 bloques, especifica el estado para la fecha sobre este terrible fenómeno que se tecnifica, transformándose en uno de los principales aportes financieros para otras empresas criminales organizadas.

²³ En Venezuela, se adaptó en la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela (G.O.), n° 36.211 de fecha 22 de mayo de 1997.

²⁴ La OCDE comenzó, en la década de los años 70 del pasado siglo, a la puesta en práctica de códigos deontológicos para las compañías multinacionales. El texto lleva por título *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*. Según explica Carmen Benito, todo se originó por los escándalos sobre corrupción que comenzaban a sobredimensionarse en los Estados Unidos y que desembocarían en la única ley anticorrupción de alcances globales como es la *Foreign Corrupt Practices Act* (1977). Para más detalles véase, BENITO SÁNCHEZ, C.D. “Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción”, *Iustitia*, n° 6, 2008, p. 15-16.

²⁵ En España fue ratificada la Convención según Ley 12434/2003, publicado en el Boletín Oficial de Estado (BOE) en fecha 19 de julio de 2006. En Venezuela, su adaptación al Derecho interno operó con la sanción y promulgación de la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publi-

EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS (CNUCTISS 1988)²⁶ y la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRASNACIONAL (CNUCDOT 2000)²⁷. Además, sus análisis y activa actualización, opera en múltiples niveles que se distribuyen entre los instrumentos normativos estatales²⁸, organización administrativa, contralora, procedimientos, interdisciplinariedad y hasta a nivel conceptual con la inclusión de un lenguaje tecno-especializado para su descripción²⁹. En pocas palabras, una *Babel conceptual-normativa* que día a día gana espacios hacia los cielos legislativos, edificando un piso adicional en la medida que evoluciona la materia.

Esta nueva forma global de combate es la conclusión del cambio de enfoque operado en los años 90 del siglo pasado, cuando se dejó de concebir a la corrupción como un problema sociológico, a las drogas como un tema ligado a pequeños contrabandistas y la delincuencia organizada como tradiciones ancestrales pseudo-prusianas (nobleza negra) o “cosa nostra” (clima cultural siciliano). Además, no podemos dejar pasar la data económica preocupante relacionada a la criminalidad económica. Por ejemplo, la corrupción genera anualmente, según el Banco Mundial, el

cada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), n° 38.192 de fecha 23 de mayo de 2005.

- ²⁶ En España fue ratificada la Convención según Instrumento de ratificación, publicado en el Boletín Oficial de Estado (BOE), núm. 270, de fecha 10 de noviembre de 1990. En Venezuela, se adaptó en la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela (G.O.), n° 34.741 de fecha 21 de junio de 1991.
- ²⁷ En España fue ratificada la Convención según instrumento de ratificación, publicado en el Boletín Oficial de Estado (BOE), n° 233 de fecha 29 de septiembre de 2003. En Venezuela, su integración a la legislación nacional ocurrió con la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), n° 37.357 de fecha 4 de enero de 2002.
- ²⁸ Se hace referencia al marco legal de cada país al respecto. En el caso venezolano, relacionado al tema de la corrupción, no sólo existe la Ley Aprobatoria de la Convención de la ONU (UNCAC 2003), sino también, la Ley Contra la Corrupción (G.O. Extraordinario n° 5.637 de fecha 07 de abril de 2003) y la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (G.O. n° 39.912 de fecha 30 de abril de 2012).
- ²⁹ Véase BARQUÍN SANZ, J. “Lenguaje y derecho: nota sobre el uso del idioma por los penalistas”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N° 13, 2018, p. 106-121.

equivalente al 5% del PIB global, unos 3,5 billones de dólares³⁰. Una cifra que además de ser escandalosa, muestra de manera gráfica la gravedad del fenómeno corrupto. Ni se diga del negocio de las drogas, que según terminología propia de organizaciones globales contra este flagelo, ya hablan abiertamente de una “*economía del narcotráfico*”³¹ donde están en juego un aproximado anual de 320.000 millones de dólares americanos. Es decir, según la ONU, el 0,9% del PIB global.

Precisamente el presente ensayo busca incardinarse dentro del nuevo universo lingüístico contra la delincuencia económica que afecta directamente los conceptos tradicionales no sólo de la dogmática penal, sino también del significado de definiciones, términos y otros vocablos de larga tradición en países como España y Venezuela, pero, proyectando desde la singularidad del llamado *Comiso Autónomo*, así como, de una institución con raigambre continental pero desconocida en nuestro país, como es la *Extinción de Dominio*, ésta última, con más de tres décadas consagradas a nivel constitucional, como en efecto, se precisa en la Constitución colombiana de 1991.

Uno de los instrumentos tradicionalmente pétreos del Derecho penal, como es el *comiso*, una vez introducido al nuevo universo planteado *ut supra*, adquiere otras dimensiones, características, e inclusive, una naturaleza jurídica dual. Buscamos describir esta nueva dimensión del comiso tanto en su operatividad en los países que lo han consagrado, así como, los obstáculos de naturaleza dogmático-constitucional para su cristalización, en el marco de procesos como la expansión del Derecho penal³². Además, vista la reimplantación de sutiles formas del estado de policía (*polizeistaat*), para enfrentar la pandemia del Coronavirus o COVID-19³³, el Derecho penal termina aglutinando la sociedad con el recurso de *ius puniendi*.

³⁰ FERNÁNDEZ DÍAZ, A. *Ob. cit.*, p. 150.

³¹ Véase ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. *El problema de las drogas en las Américas: Estudios. La economía del narcotráfico*, Servicio de Publicaciones de la OEA, Washington D.C. 2013. También, véase DE LA DEHESA, G. 2018, “El gran negocio del narcotráfico”, En: *Diario El País*, Madrid, edición del 9 de febrero de 2018 [https://elpais.com/economia/2018/02/08/actualidad/1518088355_153674.html]

³² Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Euro Editores, Buenos Aires 2011, p. 10-208.

³³ Véase GONZÁLEZ AGUDELO, G. “La crisis sanitaria como pretexto para el debate público sobre funciones, formación y profesionalidad de la policía”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, nº 6. SÁNCHEZ FERRIZ, R.

El *comiso* es una institución de larga data en nuestra legislación penal³⁴ y administrativa³⁵ iberoamericana, que sufrirá transformaciones en su naturaleza jurídica dado el nuevo marco global de lucha contra la criminalidad organizada donde más que penalizar severamente esta lacra con

2020, “Reflexiones constitucionales desde el confinamiento”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N° Extra 12, 2, p. 16-23. PIGA RIVERO, A. y ALFONSO GALÁN, M.T. “Consideraciones éticas y médico legales sobre la pandemia COVID 19 en España”, *Actualidad del derecho sanitario*, n° 280, 2020, p. 446-451.

³⁴ Al respecto, véase MENDOZA TROCONIS, J.R. *Curso de derecho penal venezolano: parte general*, Empresa El Cojo, 12 edición, Caracas, 1998. MATALLÍN EVANGELIO, A. (Dir.) GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015. AGUADO-CORREA, T. *El comiso*, Edersa, Madrid, 2000. LORENZO SALGADO, J.M. *Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional*, en: SOUTO, M.A. (Coord.) y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coord.) *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 585-588. MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983*, Bosch Casa Editorial, S.A, Barcelona, 1983, p. 251-253.

³⁵ Vale la pena destacar que los principales ingresos fiscales de las nacientes repúblicas americanas provenía de la actividad aduanera. Es allí donde la figura del comiso tuvo repercusiones importantes en el incipiente Derecho de las ex colonias de la América Hispana, una vez consumada la independencia. Al respecto, véase MOYA MILLÁN, E.J. *Elementos de finanzas públicas y derecho tributario*, Mobil-Libros, Caracas, 2003. BARONI UZCÁTEGUI, R. *Consideraciones acerca del procedimiento administrativo aplicable para la imposición de la pena de comiso de mercancías*, en: PARRA ARANGUREN, F. (Dir.). *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, Vol. I. ARAUJO, A. E. y SALOMÓN DE PADRÓN, M. *Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso*. En. AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, Vol. 3 (1972-1979). MATTAR DE ABOUHAMAD, G. y CHISSIONE, T. *Sanciones Penales y Administrativas en la Legislación Venezolana*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1984. GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A. M., TAPIA BALLESTEROS, P. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Madrid, 2012. ZAMORA MANZANO, J.L. *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el derecho romano: reglamentación jurídica del portorium, control de mercancías y comiso por fraude fiscal*. Dykinson, Madrid, 2009.

penas privativas de libertad, se conciben y elucidan instrumentos eficaces de lucha donde el coste esperado por el delincuente sea mayor que las ganancias racionalmente previstas³⁶.

Así las cosas el *comiso tradicional* o también conocido como “directo”, está asociado, históricamente, como un mecanismo “accesorio” para extinguir los atributos del derecho de propiedad sin indemnización estatal alguna³⁷, en razón de la comisión de otros hechos punibles para quienes son condenados como culpables en un juicio penal. La idea o noción generalizada común discurre precisamente entre las fronteras del Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal³⁸, como en efecto, sigue siendo así en España, México y Venezuela, así como otros países sobre los cuales, abarca el presente estudio. Inclusive, se formulan tesis por las cuales se autoriza “emancipar el comiso del proceso penal”³⁹, éste último, territorialidad adjetiva clásica y epistemológica de la temática central de la dogmática penal.

Ahora bien, ¿cuándo comenzamos a enfrentar al *comiso* o la *extinción de dominio* con esta babelia normativa-global en la lucha contra la delincuencia económica, y más precisamente, anticorrupción?. La respuesta comienza cuando ubicamos a nivel *metaestatal* la lucha contra estos flagelos, concretándolas en las Convenciones Internacionales y toda la cartografía de documentos normativos vinculantes para los Estados. En casos especiales, como ocurre en Colombia, en su propia Constitución de 1991 se fundamenta esta institución (art. 34).

³⁶ MARCH POQUET, J.M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017, p. 272.

³⁷ Véase ARAUJO, A. E. y SALOMÓN DE PADRÓN, M. *Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso*. En AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Vol. 3 (1972-1979), 1981, p. 151.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, p. 131-143.

³⁹ Véase SANTANDER ABRIL, G. *La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado* en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Washington D.C., 5ª edición, 2017, p. 425-503.

A manera descriptiva, y cronológica, el *comiso* autónomo es abordado, de manera abierta dentro del contexto de la delincuencia económica internacional, en los siguientes instrumentos normativos internacionales:

* LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN, que incidentalmente lo aborda de la siguiente manera:

“(…) **ARTÍCULO XV.** Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

* La CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS (CNUCTISS 1988), lo determina:

“(…) *Artículo 1.* DEFINICIONES

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

(…) Omisis (…)

f) Por “decomiso” se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente (…)

Artículo 5. DECOMISO

(…) Omisis (…)

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos. (...)”

* La CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (CNUCDOT 2000):

“(...) Artículo 12. Decomiso e incautación

(...) Omisión (...)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas. (...)”

* La CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION (UNCAC 2003), contempla en su artículo 54 lo siguiente:

“(...) Artículo 54. Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso.

1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

(...) Omisión (...)

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el **decomiso de esos bienes sin que medie una condena**, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. (Negrillas y subrayado nuestro) (...)”

El texto de los tratados va sufriendo una evolución considerable como pudo observarse. En el esfuerzo interamericano, se introduce el comiso como medidas sobre bienes, colocando en las legislaciones, la puerta hacia el *comiso autónomo*. En cuanto a los referidos a drogas y delincuencia organizada citados, se muestra a favor de la concepción tradicional del *comiso*, aunque, *el llamamiento a la inversión de la carga probatoria* es

un primer indicio de sus intenciones por modificar aspectos sustanciales del comiso vinculados a la temática probatoria⁴⁰, que implica tradicionalmente una condenatoria penal a priori.

Será en la UNCAC 2003, donde prácticamente se observa un salto cualitativo de capital importancia, tendiente a la modificación de la noción tradicional del comiso, cuando expresa y literalmente concibe “*decomisar bienes sin que medie condena*” lo que a simple vista colide frontalmente con una de sus típicas características como es la *accesoriedad*, vinculada a una condena penal confirmada tras la aplicación del sistema de recursos procesales contra una sentencia. Inclusive, la propia UNCAC 2003, hace mención de la esencia misma del concepto de extinción de dominio, como es la demostración de la licitud del origen propietario⁴¹.

Ahora bien, respetado lector, ¿podríamos aceptar introducir reformas dentro de las legislaciones de países tributarios del *civil law*, tipificando el *comiso autónomo* o la *extinción de dominio* –dependiendo de la política criminal interna– con el sólo aval de las Convenciones? ¿Sólo el hecho –como argumento *ad baculum*– de su aceptación como figura en un tratado adoptado por nuestros países podría considerarse fundamento válido? ¿Acaso no habría otras fundamentaciones teóricas que no colidan con los principios y garantías del Derecho penal clásico?

Para un análisis poco medurado luce sencillo establecer una nueva modalidad de *comiso* o *extinción de dominio* sólo fundamentado en un instrumento internacional o en la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, salvo el caso de Colombia que lo ha contemplado con rango constitucional desde 1991. Sin embargo, no ha operado de forma mecánica por la probable –y hasta algunos casos evidente– resistencia no sólo en el plano técnico-lingüístico, sino bajo los principios constitucionales de presunción de inocencia y garantías a la propiedad⁴². Es por ello que el objeto

⁴⁰ DELGADO LÓPEZ, L.M. “El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas”, *Manuales de formación continuada*, nº 37, 2006, p. 281-366.

⁴¹ Artículo 31.8 UNCAC 2003. “(...)” Artículo 31. Embargo preventivo, incautación y decomiso: (...) Omisión (...) 8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos (...)”.

⁴² Al respecto, véase BLANCO CORDERO, I. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 19-16, 2017, p. 1-35. Llama la

del presente ensayo estriba en estudiar las principales manifestaciones del llamado *comiso autónomo*, así como, figuras conexas de otras legislaciones como es el caso de la *extinción de dominio*, y su fundamentación dentro de las medidas globales contra la delincuencia económicas, específicamente, como una forma de sanción alternativa más allá que la simple concreción de un nuevo tipo penal especial.

Para comprender mucho mejor este ensayo, hemos optado por asumir el diseño metodológico propio del método dogmático y comparativo, específicamente, de las legislaciones análogas de España, Colombia, Perú, México, El Salvador y Venezuela, escrutando alguna revisión de dispositivos normativos equivalentes del sistema angloamericano e interamericano (más específicamente Colombia), bajo la óptica del marco global de los tres convenios sobre delincuencia económica mas sobresalientes hasta la fecha: UNCAC 2003, CNUCDOT 2000 y CNUCTISS 1988. Además, debemos resaltar el valor de la iniciativa que lleva por título LEY MODELO

atención la polémica suscitada en Costa Rica con la incorporación de la Ley 19.571 contentiva de la *Ley Especial Extinción de Dominio*, de fecha 10 de diciembre de 2015. Según el criterio de la Defensa Pública de Costa Rica, fue una iniciativa con una “(...) nefasta señal más de la expansión del poder represivo del Estado (...)”. Sobre la polémica véase NATALIA, D. 2019, “Extinción de dominio: una facultad abusiva”, *Diario La República*, San José de Costa Rica en: <https://www.larepublica.net/noticia/extincion-de-dominio-una-facultad-abusiva> [Consulta: 10 de agosto de 2020]. Expresa la columnista lo siguiente: “(...) Pocas veces se ha visto, con tan buenos ojos, la violación del Estado de Derecho, como el apoyo que ha recibido el proyecto de ley 19.571 “Ley Especial de Extinción de Dominio; el cual, a primeras luces, pareciera un mecanismo legítimo para perseguir los bienes de origen o destino ilícito, a través de una vía judicial. Sin embargo, según criterio de la Defensa Pública de noviembre del año pasado, esta iniciativa es “...una señal más de la expansión del poder represivo del Estado...” Menciona en su respuesta que “...ante la idea de luchar contra el crimen organizado se obliga a los Estados a tomar medidas que adelantan y amplían esas intromisiones, antes reservadas a la previa demostración de la existencia de un delito y del correlativo comiso limitado al uso o procedencia de los bienes de dicha actividad, certeramente demostrada.”

En otras palabras, el proyecto permite que a una persona se le puedan decomisar sus bienes, aún cuando haya sido absuelta, por otro tribunal, por el delito que se le señala. Esto bajo el argumento de que sus bienes fueron obtenidos de forma ilícita, sin pruebas que lo confirmen. La iniciativa parte de la presunción de culpabilidad del sospechoso, algo totalmente contrario a nuestro sistema jurídico. Esto ha sido advertido también por gran cantidad de reconocidos juristas como Fabián Volio, Francisco Castillo González, Patricia Vargas González, Alfredo Chirino Sánchez, Erick Gatgens Gómez, Javier Llobet Rodríguez, José Manuel Arroyo Gutiérrez y Álvaro Burgos Mata (...).”

SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, como una iniciativa del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Nuestro ensayo está dividido en cinco capítulos, que facilitarán al lector la comprensión de una institución de naturaleza dual como es el *comiso*, ahora, presentado con el predicado de “autónomo”. Así, tenemos:

I. El marco jurídico-internacional de la lucha contra la delincuencia organizada como fundamento de las modificaciones de las instituciones del Derecho penal tradicional.

II. El fundamento teórico para los cambios en los delitos económicos: *la tesis del Derecho penal a dos velocidades en el marco de la globalización*.

III. La transformación del *comiso* tradicional en autónomo como forma alternativa para sancionar delitos económicos, más específicamente, delitos de corrupción en el marco globalizado.

IV. *La extinción de dominio* como institución análoga al *comiso* autónomo, creación original de la dogmática latinoamericana.

V. El *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*: su recepción en la futura legislación de Venezuela sobre la materia.

Comenzaremos el estudio del marco internacional de la lucha contra la delincuencia económica, más específicamente, a las formas por las cuales delitos, figuras o procedimientos son reinterpretados por los instrumentos multilaterales emblemáticos, como es el caso de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (Mérida 2003) y sus antecesoras sobre delincuencia organizada y drogas. Asimismo, dada la importancia que reviste para el espacio comunitario europeo, analizaremos la *Directiva 2014/42/UE* aprobada por Europa donde contempla la temática del *comiso* autónomo, así como, lo previsto en el *Convenio de Estrasburgo* de 1999.

Toda esta actividad supranacional es consecuencia de la efectiva batalla contra los peligros que trae consigo la denominada sociedad del riesgo global, donde nuevos bienes jurídicos y la revalorización de otros tradicionales, exigen una respuesta más contundente y protectoria del Derecho penal⁴³. Sobre este particular, también, queremos advertir preliminarmente

⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, p. 11-13.

te que el *comiso autónomo* o la *extinción de dominio* no son comodines para la recuperación automática de bienes producto de la corrupción, pues, está integrado a delicados mecanismos globales que poco a poco va incorporándose en las condiciones culturales de los Estados, siendo sus principales obstáculos, las políticas criminales de los mismos Estados, cuando no sus estamentos jurídicos-profesionales reacios a tomar medidas radicales para luchar contra esta verdadera lacra, que para Venezuela, es más que evidente.

Sobre este tema de la recuperación de activos, que no tratamos en el presente libro, es importante desmitificar algunas consideraciones sobre la misma. Esta advertencia, abordada como un *obiter dictum*, implica saber emplear las herramientas que el sistema internacional ofrece. No podemos caer en la irresponsabilidad de confiar que por recuperación de activos tendríamos todo el dinero que ha sido objeto de corrupción en Venezuela durante los últimos 15 años. Tampoco podemos despreciar y esperar un milagro. Recuperar activos producto de la corrupción requiere tres condiciones objetivas: 1. Una plena identidad, basado en pruebas indiciarias, sobre los bienes y activos susceptibles de estos procedimientos. 2. Un auditoría a fondo, que vaya más allá de las investigaciones periodísticas, éstas últimas, por muy buenas que hayan sido estructuradas y abordadas, jamás brindarán un alcance real de la corrupción. 3. Una política integral de recuperación, basada no sólo en la designación de expertos para que cumplan dicha misión, sino también, protocolos de actuación sumados a una campaña mediática responsable.

En cuanto a lo anterior, sea por vía de *comiso* autónomo o por *extinción de dominio*, según sea la figura acogida en la legislación de dicho país, requiere de una cooperación responsable y por sobre todo técnicamente entendible. Esto quiere decir que es necesario que los que posean dicha misión, no sólo comprendan a fondo toda esta babelia conceptual y normativa, sino, que conozcan cómo hacerlo y el momento propicio para solicitarlo. Por ello, es necesario entender que tras estos procesos no debe existir ni una cruzada romántica ni mucho menos un negocio acordado por mucho que se diga que se “están perdiendo los bienes de Venezuela en exterior”⁴⁴.

⁴⁴ Es importante conocer algunas versiones que han estado corriendo en los medios, sobre el dinero retenido de Venezuela por las autoridades gubernamentales en el exterior. Por ejemplo, véase ANDRÉS OPPENHEIMER. “¿Usó Trump fondos de Venezuela para su muro fronterizo?”, en: *El Nuevo Herald*, edición de 17 de junio de

Los activos venezolanos productos de la corrupción deberán enfocarse en políticas públicas de recuperación, con suma transparencia. En un futuro, cuando exista un despeje institucional en Venezuela más definido, será necesario abordar estos temas con absoluta responsabilidad, pues, para el momento en que cerramos estas líneas, aparecen ya investigaciones relacionadas a la filtración de los documentos de la FINANCIAL CRIMES ENFORCEMENT NETWORK (FinCEN) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, donde se indican cifras de las transacciones sospechosas de cuentas de entes públicos venezolanos y empresarios vinculados a dudosas contrataciones con Venezuela⁴⁵.

Retomando el hilo argumental del eje central del presente libro, en cuanto a la *extinción de dominio*, lleva casi 30 años consagrada en la Constitución colombiana, lo cual, ha generado prolífica jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado Colombiano. Esta actividad pretoriana no sólo ha moldeado la institución, sino que ha permitido darles un vuelco a las nociones tradicionales sobre la función social de la propiedad y sus requisitos preconfigurativos para que sea un derecho fundamental. La impronta latinoamericana ha concebido, tras la larga experiencia de Colombia, a la creación por parte de la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC) de la *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* (LMEDO). Esta última, tal como indicamos más arriba, aprobada en 2011 en el marco del *Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe*, es un aporte original de la región en la lucha contra el flagelo de la delincuencia económica.

Por otra parte, revisaremos el proyecto de ley, aprobado hasta la segunda discusión, del *Proyecto de Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción*, por la Asamblea Nacional en 2017, y que por su contenido es necesario un replanteamiento total en cuanto a su ingeniería y precisión terminológica si de verdad queremos cuanto antes comenzar a sentar las bases del adecentamiento institucional tan requerido en Venezuela.

2020, en: <https://www.elnuevoherald.com/opinion-es/opin-col-blogs/andres-oppenheimer-es/article243599272.html> [Consulta: 25 de junio de 2020].

⁴⁵ Al respecto, véase la investigación periodística PATRICIA MARCANO y SASHA CHAVKIN. “Así ayudaron los bancos a que los boliburgueses sacaran su fortuna del país”, en: *Armando.info*, edición del 21 de septiembre de 2020, en: <https://armando.info/Reportajes/Details/5661> [Consulta: 21 de septiembre de 2020].

Como nota final introductoria, es relevante abordar este tema pues los vínculos académicos entre España y Venezuela en el área dogmática del estudio de políticas anticorrupción ha sido de poca comunicación a pesar de la *notoriedad comunicacional*, por ejemplo, en Venezuela, potenciada en los últimos 20 años. Además, para el momento en que cerramos las presentes líneas, por primera vez en la historia venezolana, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha presentado cargos con NICOLÁS MADURO y otros altos personeros del Gobierno venezolano nada menos y nada más que por narcotráfico y financiación del terrorismo⁴⁶.

Nuestro país vive las lamentables consecuencias de la “gran corrupción” como lo denomina TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, capítulo Venezuela⁴⁷. Negatividad que ha comenzado a impactar a España, sobre todo, en la demanda inmobiliaria donde si bien es cierto miles de venezolanos huyen de la crisis en venezolana, también es cierto que buena parte de dichos inmuebles han sido adquiridos con recursos de opaca procedencia, generando algunas distorsiones en el mercado de la vivienda española⁴⁸. También, se observa con el reciente caso –notorio y comunicacional– de la extradición del ciudadano ALEX SAAB de las islas de Cavo

⁴⁶ Véase Nota de Prensa del U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. “Nicolás Maduro Moros and 14 Current and Former Venezuelan Officials Charged with Narco-Terrorism, Corruption, Drug Trafficking and Other Criminal Charges”. Washington D.C., 26 de marzo de 2020. [<https://www.justice.gov/opa/pr/nicol-s-maduro-moros-and-14-current-and-former-venezuelan-officials-charged-narco-terrorism>]

⁴⁷ Véase TRANSPARENCIA VENEZUELA. *La Gran corrupción y los derechos humanos en Venezuela*, Caracas, 2018 [<https://transparencia.org.ve/?s=gran+corrupcion>].

⁴⁸ Al respecto, véase los reportajes periodísticos “Venezolanos compran más de 5 viviendas al mes en Madrid”, en *Diario ABC*, Madrid, edición de fecha 06 de junio de 2018 [https://www.abc.es/espana/madrid/abci-venezolanos-compran-mas-5-viviendas-madrid-201806060103_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F]. “El éxodo venezolano duplica su compra de viviendas en España”, en *Diario El Mundo*, Madrid, edición de fecha 19 de abril de 2019 [<https://www.elmundo.es/economia/vivienda/2019/04/19/5cb7258021efa019198b464f.html>], “El barrio de Salamanca, la ‘Little Venezuela’ de Madrid, los venezolanos se asientan en una de las zonas más caras de España”, en *Espejo público*. Programa televisado por Antena 3 TV [https://www.antena3.com/programas/espejo-publico/noticias/el-barrio-de-salamanca-la-little-venezuela-de-madrid-miles-de-venezolanos-se-asientan-en-una-de-las-zonas-mas-caras-de-espana_201810165bc5d6810cf2e691cd8dc174.html] PEINADO, F. y CADENAS, J. “Los venezolanos llegan a Madrid a ritmo de vértigo”, en *Diario El País*, Madrid, edición de fecha 10 de enero de 2020 [https://elpais.com/ccaa/2020/01/08/madrid/1578489160_584792.html].

Verde, las ramificaciones de bienes cuyo origen de adquisición no son legítimos y que han sido extendidos en varios Estados, resaltando, la aplicación de la *extinción de dominio* sobre inmuebles valorados cerca de 35.000 millones de pesos en Colombia⁴⁹.

Es indudable que estamos ante una institución que genera polémicas, principalmente, de quienes han cultivado el Derecho penal clásico y sus principios ortodoxos. Sin embargo, debemos estar claro que el combate contra la corrupción no se puede realizar desde las ópticas tradicionalistas, pues, como se estudiará en las sucesivas páginas, las empresas criminales corruptas se encuentran muchas veces mejor organizadas que los propios órganos constitucionales de la Administración Pública encargados de investigar la delincuencia organizada. Inclusive, su capacidad ha sido tan tecnificada, que han logrado sobrepasar al mismísimo Poder Judicial de muchos Estados.

⁴⁹ Para más detalles, véase “Inician proceso para extinción de dominio a bienes de Alex Saab”, en *Semana*, Bogotá, edición del 6 de septiembre de 2020, en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/fiscalia-inicia-proceso-para-extincion-de-dominio-a-bienes-de-alex-saab/678250/> [Consulta: 6 de septiembre de 2020]. “(...) En la tarde de este miércoles, la Fiscalía General de la Nación emitió un comunicado en el que confirmó que entraron a extinción del dominio **“siete bienes avaluados en 35 mil millones de pesos, que forman parte del patrimonio de Alex Naín Saab Morán, en cabeza de algunas de sus empresas”**. Saab, señalado testaferro del régimen de Nicolás Maduro, fue capturado en Cabo Verde, y está a la espera de que se apruebe su eventual extradición a Estados Unidos. De acuerdo con la Fiscalía, entre las propiedades –ubicadas en Barranquilla, Atlántico– se encuentra una mansión de 3.740 metros cuadrados, **avaluada preliminarmente en 28 mil millones de pesos**; dos casas, un apartamento de 379 metros cuadrados y tres garajes. (...)” “Se cumplió con extinción de dominio a bienes de Alex Saab”, en: *Diario El Tiempo*, Bogotá, edición de fecha 22 de julio de 2020, en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:f8FOU92jbb0J:https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/fiscalia-cumplio-con-extincion-de-dominio-a-bienes-de-alex-saab-521068+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ve&client=firefox-b-d> [Consulta: 6 de agosto de 2020]. También véase “Inicia extinción de dominio a bienes de Alex Saab, señalado contratista del chavismo”, en: *Diario El Espectador*, Bogotá, edición de fecha 9 de junio de 2020 en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/inicia-extincion-de-dominio-a-bienes-de-alex-saab-senalado-contratista-del-chavismo/> [Consulta: 22 de julio de 2020] El pasado 8 de octubre de 2020, la Dirección especializada de extinción de dominio de la Fiscalía Colombiana ha aplicado medidas cautelares sobre los bienes y empresas relacionadas al caso del Alex Saab. Véase “Fiscalía afectó medidas cautelares bienes de Alex Naim”, en: *Valle al Instante. Noticias*, video editado en fecha 8 de octubre de 2020, ubicado en transmisión “live” por su cuenta Facebook: Valle Al Instante-1 <https://es-la.facebook.com/vallealinstante/videos/361532148381356/> [Consulta: 12 de octubre de 2020]

RAFAEL SIMÓN JIMÉNEZ TAPIA / EMILIO J. URBINA MENDOZA

Es por ello que urge medidas que enfrenten las ingentes magnitudes de esta criminalidad, cuya capacidad puede lograr destruir las bases socio-económicas de comunidades enteras.

Sin más preámbulos, comencemos a desarrollar la temática central del presente ensayo, invitando a los lectores a revisarlo con suma crítica sin dejar de observar el telúrico horizonte.

Caracas, octubre de 2020.

CAPÍTULO PRIMERO:

**EL MARCO JURÍDICO-INTERNACIONAL DE LA LUCHA
CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA COMO
FUNDAMENTO DE LAS MODIFICACIONES DE LAS
INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL TRADICIONAL.
EL CONTEXTO GLOBAL DE LAS REVOLUCIONES DEL
“MAS”, Y DE LA EXPANSIÓN SOCIO-ECONÓMICA**

La sociedad del riesgo global, como indicamos en la introducción, nos ha obligado al replanteamiento de las políticas criminales estatales. Éstas últimas, ante el desbordamiento de la nueva delincuencia globalizada –que es en sí delincuencia económica– se caracteriza por su *objetiva inseguridad*, como lo señala SILVA SÁNCHEZ⁵⁰. Esto obliga a enmarcarse dentro del marco jurídico-internacional, que otorga instrumentos y armas a las políticas criminales haciéndolas más eficaces y eficientes. Los Estados-Nación se ven imposibilitados para asumir por ellos mismos cualquier decisión eficaz y eficiente para combatir el crimen económico, que ante la sorprendente capacidad organizativa de sus actores dentro de un ambiente globalizador, cualquier regulación punitiva estatal termina resultando insuficiente⁵¹.

De esta forma, desde finales del siglo XX, los Estados han transformado las antiguas organizaciones multilaterales, consustanciadas con las NACIONES UNIDAS para crear no sólo un marco normativo internacional, de gravitatoria influencia sobre la legislación penal de los Estados. Un enramado orgánico con sus correspondientes grupos de seguimiento marcan, asisten y evalúan al tradicional Derecho penal estatal. No en vano se

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Euro Editores, Buenos Aires 2011, p. 19-20.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. 2011, *Ob. cit.*, p. 86.

afirma que las grandes soluciones a los problemas criminales de los Estados, no provendrá de sus mejores mentalidades, sino, de las experiencias compartidas y la vigilancia constante entre Estados a través de grupos, independientemente de la técnica empleada⁵².

El contexto de la sociedad del riesgo se centra en lo que MOISÉS NAÍM denomina las revoluciones del “mas”, “de la movilidad” y de la “mentalidad”⁵³. Explica el académico venezolano que luego de la caída de la Unión Soviética, comenzó un proceso de expansión económico de corte liberal y global, diferente al estimulado entre 1946-1975, donde las sociedades procesaron los cambios evidentes de los patrones de consumo, éstos últimos, decisivos sobre el estilo de vida y actitudes políticas, sociales, valóricas y por sobre todo, aspiracionales⁵⁴. Esto trajo consigo una época de abundancia, en la cual, los imaginarios colectivos se configuraron en el concepto de clase media mundial⁵⁵, ésta última, el paradigma socio-económico de amplio raigambre. Por ello se dice que es la *Revolución del “Más”*, donde la consolidación económica ha permitido la popularización del consumo masivo y de mejor calidad material que en otras etapas de la historia humana.

Como indica NAÍM, esta *Revolución del Más*, no sólo consistió en la cantidad, sino también en las mejoras cualitativas que experimenta la vida de la gente⁵⁶. Ahora bien, estas aspiraciones también generan conductas obsesivas sobre tener y mejorar los bienes y condiciones de vida, que junto al *principio de la obsolescencia programada*⁵⁷, se suman estándares de consumo tecnológico e informático que a su vez amplían hacia otras áreas de exigencias. Es lo que se denomina las necesidades infinitas incapaces de saciar permanentemente por el mercado, éste último, tensionado por estar de forma obligatoria en expansión ilimitada.

⁵² MATUS ACUÑA, J.P. “La política criminal de los Tratados internacionales”, *Ius et Praxis*, Vol. 13, n° 1, 2007, p. 270.

⁵³ NAÍM, M. *El fin del poder*, Libros de El Nacional, Caracas, 2016, p. 73-104.

⁵⁴ NAÍM, M. *Ob. cit.*, 2016, p. 76.

⁵⁵ Véase SÁNCHEZ BARRICARTE, J.J. *El crecimiento de la población mundial: Implicaciones socioeconómicas, ecológicas y éticas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

⁵⁶ NAÍM, M. *Ob. cit.*, 2016, p. 81-82.

⁵⁷ VANINA BIANCHI, L. “La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los productos durables y el derecho a la información de los consumidores en Argentina”, en: *Revista de Derecho Privado*, n° 34, 2018, pp. 277-310.

Por ejemplo, antes de la década de los 80 del siglo pasado, el turismo y otras atracciones no era un paradigma del ocio generalizado. Los cánones de pasatiempo social occidentales eran más modestos y respondían al carácter “pastoral” de la sociedad. Con la expansión económica, se popularizó el turismo internacional de clase media, que además de contar cada año con más adeptos, se hacía más asequible a casi todas las capas sociales. Otro aspecto es el caso de las telecomunicaciones. Se observa con especial interés la popularización de los teléfonos inteligentes y otra suerte de *gadget* que facilitan la ampliación de otros comportamientos para consumir. Así, las pautas sociales exigieron al individuo también formar parte de esta revolución. Sin embargo, la base para obtener estos beneficios que es el trabajo legalmente reconocido, no es un bien abundante, como tampoco, la estructura general de sueldos y salarios son capaces de financiar estos modelos de consumo. Pocas naciones en occidente pueden considerarse que las remuneraciones legítimas promedio del trabajo asalariado alcanzan para necesidades sostenibles de grupos familiares⁵⁸.

La delincuencia económica es una alternativa deleznable, ajena al Derecho, alimentada por esa idea del tener más y más. Es una consecuencia de esta revolución económica que no sólo aparejó mejoras socio-económicas y culturales a la población; sino también, nuevas formas de neurosis social, buena parte de ellas saciadas por conductas no apegadas al Derecho.

Partiendo de este marco (sociedad del riesgo global, revolución del más y de la movilidad), debemos entender que no debe resultarnos tan difícil introducir modificaciones sobre una institución consolidada tan presente en los ordenamientos penales de España, Colombia, México, y por supuesto, Venezuela. Sin embargo, múltiples factores conllevan a la necesidad de replantear aquellos mecanismos eficientes y eficaces presentes en la legislación penal tradicional para incluirlos en la lucha global contra todas las manifestaciones de la delincuencia económica, donde

⁵⁸ Al respecto, véase FUENTES CASTRO, D. “Análisis del poder adquisitivo de los asalariados desde la entrada en circulación del euro”, en: *Boletín económico de ICE, Información comercial española*, n° 2926, 2007, pp. 39-64. También, véase GÓMEZ RUFIÁN, L. 2018, “Evolución de la dinámica salarial en el período 2008-2016. Salarios nominales, poder adquisitivo, coste real del trabajo y revisión de la correlación el salario-ciclo económico”, en: *Revista de Información Laboral*, n° 8, pp. 263-309. Para el caso venezolano, véase SUTHERLAND, M. “Hiperinflación, crisis, trabajo asalariado, poder adquisitivo. Crónica de una ruina anunciada”, en: *Cuadernos del Cendes*, n° 100, 2019, pp. 35-55.

sobresale el combate contra la corrupción, si lo planteamos no desde la esfera clásica punitiva, sino, como apunta BOEHM Y GRAF, con lecciones de análisis *neo institucional* que incremente los costos de transacción de los acuerdos corruptos⁵⁹.

Con nuevas formas y fundamentaciones –quizá la menos prevista por los penalistas clásicos– nos introducimos en el *comiso*, término antecedente inclusive al más reciente de *extinción de dominio*. Tradicional institución, estudiada con detenimiento tanto por el Derecho penal y el Administrativo iberoamericano; el *comiso* ha oteado su transformación inusitada rebasando sus moldes originales que a simple vista era impensable su transformación radical en nuestros días.

Al respecto, queremos hacer una advertencia preliminar de corte analítico. Existe una connotación generalizada en la jurisprudencia conceptual⁶⁰, relativa a la fusión casi imperceptible entre el núcleo duro (objeto de estudio) de una rama del Derecho con alguna de sus instituciones. Surge así una suerte de *tautología* entre objeto científico y manifestaciones autónomas de la rama que marcan con un profundo predicado, para toda su existencia, conceptos, instituciones y procedimientos, e inclusive, como límite⁶¹.

Esto ha ocurrido con el *comiso*, *comiso directo* o *comiso tradicional*, pues, en un primer estadio, sus vínculos más evidentes se adicionan como patrimonio epistemológico del Derecho penal cuando sus orígenes poseen más enraizamiento, en Latinoamérica, con el Derecho administrativo⁶², más específicamente, en todo lo referente a las formas de despojo propietario de los particulares y sus bienes por el Estado⁶³, *sin que medie un*

⁵⁹ BOEHM, F. y GRAF LAMBSDORFF, J. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009, pp. 61-62.

⁶⁰ Véase LLOREDO ALIX, L.M. “Rudolf von Jhering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, 2013, p. 234-275.

⁶¹ Al respecto, véase LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*, Anthropos, Barcelona, 1996.

⁶² LÓPEZ RUÍZ, I. “El derecho a la defensa y el procedimiento administrativo para imponer la pena de comiso (Reseña jurisprudencial)”, *Revista de Derecho Financiero*, N° 2, abril-junio, 2004, p. 298-318.

⁶³ Véase LARES MARTÍNEZ, E. *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2201, p. 607-623.

interés público como de suyo ocurre con la expropiación o la confiscación constitucionalmente aceptada⁶⁴.

Lo que subyace del interés del legislador moderno en contemplar el *comiso* tradicional, estriba en ese sustrato ético que implica evitar a toda costa que en determinados hechos punibles comprobados, juzgados y sentenciados, el condenado, no pueda hacer uso ni aprovecharse de bienes que de no haberse cometido el ilícito era imposible su adquisición por vías legítimas. En pocas palabras, su sello característico de *accesoriedad* tiene fundamento en un *horizonte ético ejemplarizante*, donde los bienes pasan automáticamente a los caudales públicos para satisfacer intereses generales⁶⁵.

Sin embargo, en los últimos años, influido directamente por los Tratados y Convenios internacionales, dicha noción de *comiso* se ha multiplicado hasta acuñarse nuevas tipologías y vocablos en diferentes latitudes con expresiones tales como *comiso sin condena*, *comiso autónomo*, y muchas otras que señalan la sobredimensión del *comiso*, inclusive bajo el término que en apariencia sería analógico pero posee connotaciones más autónomas conceptualmente hablando, como es la *extinción de dominio*, de la cual abordaremos pormenorizadamente en el capítulo cuarto.

Algunos proponen que ello se debe esencialmente a los cambios en la política criminal sobre la tipología de delitos económicos presente más allá de cualquier frontera estatal o territorial, donde más que imponer una pena severa, lo eficaz es privarles de ganancias ilícitamente adquiridas⁶⁶.

⁶⁴ En el sistema jurídico venezolano, la *confiscación* se encuentra prohibida en el artículo 116 de la Constitución Política vigente (1999, con enmienda de 2009). La única excepción al principio opera cuando “(...) *previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes* (...)” (Art. 271). Sobre el particular desarrollaremos más adelante los problemas que conlleva asumir la figura del comiso autónomo por las corrientes que propugnan su inconstitucionalidad.

⁶⁵ Al respecto, véase HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general*, en: CANÓNICO SANABRIA, A. *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 39-71.

⁶⁶ DÍAZ CABIALE, J.A. “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 18-10, 2016, p. 3-4.

Otros, siguiendo las orientaciones fundamentales sobre la *economía de la corrupción* explicitada por SUSAN ROSE-ACKERMAN⁶⁷, gravitan en los múltiples argumentos que soslayan muchas veces a la única óptica del Derecho penal clásico. En fin, ante fenómenos con *fuerte carga moral*⁶⁸, como los juicios de corrupción o los procesos contra las organizaciones delictuales transnacionales –donde las frustraciones procesales y probatorias están a la vuelta de la esquina⁶⁹– lo ideal es apostar por fórmulas universalizables, que más allá de centrarse en las consecuencias delictivas, oteen los mecanismos más radicales para prevenirlas.

La transición del *comiso* directo, que siempre nos ha acompañado como figura del Derecho penal en los orígenes del mismo, hacia formas más allá de las propias fronteras de esta rama dogmática, es consecuencia directa e indiscutible de este nuevo marco jurídico-internacional donde el término “anacrónico” queda sujeto a interdicción. Tal vez, para una política criminal estatal, una institución, proceso o categoría pueda considerarse “desfasada”, más sin embargo, en este nuevo orden internacional siempre existirá el “eterno retorno” de aquello que ha sido instrumento eficaz y eficiente para el combate contra la delincuencia, más propiamente, delincuencia económica.

Ahora bien, no queremos centrarnos en que todo se debe a una respuesta que la política criminal estatal ha brindado para enfrentar a la criminalidad económica, sino, revisar la raíz para este salto cualitativo. Tampoco basta contentarse con la aceptación de la tesis impositiva –a secas– de un Tratado internacional (como la UNCAC) o la interaplicación de reglas comunitarias (caso *Directiva 2014/42/UE*) o el CNUCTISS 1988 y la CNUCDOT 2000 y sus múltiples protocolos. Mucho menos, con la fórmula de constitucionalizar la *extinción de dominio* como una tipología sui generis del *comiso* autónomo, como en efecto, hizo Colombia en 1991.

⁶⁷ Al respecto, véase ROSE-ACKERMAN, S. “The law economics of bribery and extortion”, *Annual review of law and social science*, Vol. 6, 2016, p. 217-238.

⁶⁸ MARCH POQUET, J.M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017, p. 271.

⁶⁹ BLANCO CORDERO, I. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-16, 2017, p. 34.

No es fácil asumir una respuesta automática ante una transmutación del *comiso* clásico hacia formas como el autónomo, o sencillamente adentrarnos en *extinción de dominio* cuya naturaleza jurídica es diametralmente opuesta a su concepción originaria o matriz, como en su oportunidad explicaremos. Es más, podemos asegurar, que esta sobredimensión le otorga al *comiso* autónomo una naturaleza dual, que se acoplará según las exigencias de su materialización como instrumento efectivo contra la criminalidad de cuello blanco.

Lo que sí somos contestes en este esfuerzo por construir soluciones para desterrar la lacra delincencial económica, es que el fundamento del *comiso autónomo ha sido rédito del esfuerzo internacional y de la comprensión que su combate debe superar cualquier tentación de focalizarlo en el Derecho penal*. Por ello, no en vano hasta los legisladores nacionales que han dado acogida a estas nuevas figuras, han procurado todos los esfuerzos para saltar las garantías del Derecho penal clásico, como de suyo, luce en la aplicación del *comiso* autónomo o *extinción de dominio*⁷⁰.

Con estas líneas previas, buscamos establecer en este primer capítulo los fundamentos de la *conversión y coexistencia* de los nuevos *comisos* con el tradicional, que como explicitamos, va más allá de la mera aplicación de los tratados internacionales o de simple política criminal. Es una respuesta que la dogmática penal otorga para enfrentar nuevos problemas en escenarios telúricos donde el bloque de los principios constitucionales y legales terminan siendo inefectivos al momento de abordar la criminalidad, más específicamente, la de corte económico⁷¹.

⁷⁰ Véase MONTEMAYOR ACEVES, M.E. “Confiscación de bienes en el “Pro Roscio” de Cicerón y la ley de extinción de dominio”, *Nova tellus: Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, N° 5, 2013, p. 43-65. RESTREPO MEDINA, M.A. “El régimen jurídico de los bienes incautados por delitos de narcotráfico o en acciones de extinción de dominio desde la perspectiva del análisis económico del Derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, N° 2, 2003, p. 242-256.

⁷¹ NIEVA FENOLL, J. “Proceso penal y delitos de corrupción: Algunas bases para la reforma estructural del proceso penal”, *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2013, p. 23. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “La respuesta penal internacional frente a la corrupción: consecuencias sobre la legislación española”, *Estudios de Deusto*, Vol. 63, N° 1, 2015, p. 229-265. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Madrid, 2017. SOLETO MUÑOZ, H. y GRANÉ CHÁVEZ, A. “El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo”, *Revista de Victimología*, N° 8, 2018, p. 35-80.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

La delincuencia económica ha estado presente en todas las sociedades, sea de forma subterránea o evidente. No será sino hasta finales de la década de los ochenta del siglo pasado cuando asuma un protagonismo en la línea pública. Si bien es cierto el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y la corrupción eran manifestaciones importante en occidente⁷², la centralidad del combate ocurre precisamente cuando se desmorona el antiguo bloque soviético.

Eliminada la gran preocupación de posguerra en las naciones del primer mundo como era el enfrentamiento con todo el mundo al este del muro de Berlín, en la década de los 90⁷³ –sobre todo en la Europa comunitaria– la preocupación por un horizonte de transparencia en las instituciones públicas, marcaron el compás del proyecto común del viejo continente⁷⁴. Era necesario mirar intrafronteras del mundo capitalista, plagado de problemas delictuales que habían sido obviados.

Tal y como señalamos, la *Revolución del más* disparó las necesidades de dinero en el grueso poblacional, que ante el no tan geométrico incre-

⁷² Los estudios sobre estas manifestaciones criminales tienen orígenes en los estudios de la criminología de la primera mitad del siglo XX, más específicamente, en la terminología precisada por Edwin Sutherland conocida como “delitos de cuello blanco”. Para más detalles, a pesar de haberse publicado la obra en la década de los años 40, existe edición española: SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, Genealogía del Poder, Madrid, 1999.

⁷³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Criminalidad organizada y delitos económicos*, Guía de clases Master Derecho Penal Económico Internacional-IAEU, Madrid, 2019, p. 81.

⁷⁴ Como indica BENITO SÁNCHEZ, C.B. *Ob. cit.*, 2008, p. 16, en materia anticorrupción las iniciativas globales comenzaron por las preocupaciones en el seno de la ODCE, pero, que la guerra fría pospusiera como prioridad sino hasta los años 90. Un ejemplo de iniciativa que marcó precedentes pero que no podemos enmarcarlo como un tratado internacional, fue la denominada *Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales* de fecha 17 de mayo de 1994, adoptada finalmente por el Consejo el 23 de mayo de 1997. A pesar que su objetivo era limitado (combate contra los pagos ilícitos en el comercio internacional), la *Recomendación* fue decisivamente influyente en las futuras iniciativas de los Estados que conforman la OCDE. El otro documento que si bien no era vinculante, pero, decisivo por sus iniciativas, fue la *Recomendación sobre la posibilidad de deducir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros*, de fecha 11 de abril de 1996.

mento de los empleos y buenas remuneraciones para satisfacer esos cánones de consumo, se abrió ante la tentación del dinero ilícito. Esto, aunado a las campañas muchas veces financiadas por carteles de la droga, donde se mostraba a las cabezas de estas organizaciones criminales como beneficiarias de lujos y otros estándares elevados de bienestar económico, atractivos para las nuevas generaciones ávidas de recursos para cumplir estos anhelos.

El primer antecedente como acción coordinada por los gobiernos occidentales de manera formal, comprometida, sistemática y no procedente de los organismos del sistema de las Naciones Unidas, tras la caída de la Unión Soviética –como señala SÁINZ-CANTERO– ocurre con la creación del GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALES (mejor conocido por las siglas GAFI)⁷⁵ que surge de una reunión de Jefes de Estado y Gobierno en el grupo de los siete países más industrializados (G-7)⁷⁶.

Debemos enfatizar que el acelerador de este grupo fue una de las consecuencias del desmoronamiento del antiguo bloque soviético, lo que facilitó que los Estados occidentales reenfocaran sus esfuerzos de seguridad ya no tanto enfilada hacia el antiguo y poderoso rival socialista, sino, contra los enemigos internos que siempre convivieron socialmente como es la delincuencia organizada.

La declaración económica suscrita por sus miembros⁷⁷, anunció la formación de un grupo especial de expertos financieros, donde, su misión se centraba en evaluar los resultados de la cooperación intergubernamental dirigida a prevenir la utilización del sistema bancario y de las instituciones financieras con el propósito fundamental de blanquear capitales⁷⁸.

⁷⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Ob. cit.*, 2019, p. 82. También, véase ROLDÁN ALEGRE, J.M. “La cooperación en materia de lucha contra el blanqueo a nivel internacional: el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), *Estudios de Derecho Judicial*, N° 28, 2000, p. 203-212. PRIETO DEL PINO, A. M., GARCÍA MAGNA, D. y MARTÍN PARDO, A. “La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”, *In Dret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, 2010, p. 1-36.

⁷⁶ The 15th G7 Summit, París 14-16 de julio de 1989.

⁷⁷ Sobre el particular y el desarrollo del Grupo, véase FATF. 2019, *Financial Action Task Force-Thirty years 1989-2019*. [<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatf-30.html>].

⁷⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. 2019, *Ob. cit.*, p. 82.

Lo determinante de este grupo multinacional radicó en el estudio de medidas preventivas, cooperativas y suplementarias, actualizadas, donde se establecía nuevas instituciones, procedimientos y conceptos bajo un esfuerzo mancomunado de todas las mentalidades y especialistas más reputados de cada nación participante. Asimismo, se ha encargado en estas 4 décadas, a la introducción dentro de los ordenamientos jurídicos internos de dichas innovaciones, donde, el *comiso*, fue precisamente una de las pioneras⁷⁹.

De esta manera, se han aprobado –en la medida que la lucha contra la delincuencia organizada lo exija– las denominadas *Recomendaciones*⁸⁰

⁷⁹ *Ibid.* Es importante acotar en este punto, que será el *comiso* una de las primeras *Recomendaciones*, específicamente, la cuarta. “(...) RECOMENDACIÓN 4. Decomiso y medidas provisionales. Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto de, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) identificar, rastrear y evaluar bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar medidas provisionales, como congelamiento y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

NOTA INTERPRETATIVA DE LAS RECOMENDACIONES 4 Y 38 (DECOMISO Y MEDIDAS PROVISIONALES). Los países deben establecer mecanismos que permitan a sus autoridades competentes manejar con eficacia y, cuando sea necesario, disponer de, los bienes que se hayan congelado o incautado, o que hayan sido decomisados. Estos mecanismos deben ser aplicables tanto en el contexto de procesos internos, como siguiendo peticiones emanadas de otros países (...)” (Negrillas y subrayado nuestro). <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/410-fatf-recomendacion-4-decomiso-y-medidas-provisionales>.

⁸⁰ Hasta la fecha de cierre de edición del presente ensayo, se han aprobado 40 recomendaciones, las cuales abordan desde la evaluación de riesgos hasta la coopera-

sobre los múltiples aspectos que puede revestir la delincuencia organizada. Su carácter no es vinculante, pero, dada la persuasión y versatilidad de las mismas, terminan por ser incorporadas a las legislaciones internas de los Estados en razón de la costumbre que impera dentro del quienes conforman el GAFI.

Los grupos de recomendaciones agrupadas de GAFI se dividen en cuatro tipos⁸¹. El primero relativas a la *tipificación del delito de blanqueo de capitales y la adopción de medidas provisionales* –sobresaliendo el comiso en nuestro caso–. El segundo y tercero, concentradas en *medidas que deben adoptarse para las instituciones y empresas de diversa corte –financieras y no financieras– y los profesionales liberales para impedir el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*. Por último, el cuarto grupo, dedicado a la *cooperación internacional, la colaboración policial, judicial y administrativa de los Estados* participantes⁸².

Luego de la experiencia del GAFI, existen tres antecedentes históricos en cuanto a los fundamentos para las grandes modificaciones, que a nuestro juicio, han contribuido al perfil característico de las nuevas formas jurídicas del *comiso*, surgido no sólo por la concreción de los tratados internacionales. Estos son:

- * *La reacción de los Estados*, como conjunto internacional, ante las violaciones de los derechos humanos generados por la delincuencia económica.
- * *La tecnificación y especialización de las organizaciones internacionales* para la delincuencia económica.
- * La polémica surgida al comenzarse a aceptar la teoría del “*Estado como víctima*” de la delincuencia económica.

Revisaremos con detenimiento cada uno de ellos por cuanto aportarán relevancia al estudio del *comiso* autónomo y perfilarán mucho mejor la denominada *extinción de dominio*.

ción internacional. Las relativa al comiso, como se explicó en la nota de página anterior, son las número 4 y 38. Para más detalles, véase: <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>

⁸¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Ob. cit.*, 2019, p. 82.

⁸² *Ibid.*

1. *La violación de los derechos humanos como génesis de los mecanismos internacionales contra la delincuencia económica*

El primer antecedente –más remoto y quizá más emblemático– comienza con la transformación del peligro que representa la delincuencia económica en la vida social de los Estados. En la medida que los derechos fundamentales comenzaron a propugnar el principio de la progresividad como signo característico⁸³ –dentro del constitucionalismo de los derechos diferenciado del político⁸⁴– nuevas manifestaciones de los mismos impregnarían los ordenamientos nacionales hasta transformarlos en la médula central de todo sistema jurídico como indica PECES-BARBA⁸⁵. Inclusive, uno de los indicadores sobre la modernidad de un Estado, estriba directamente en el respeto por los derechos fundamentales de la ciudadanía, sea cual sea la naturaleza del derecho o la afectación a grupos poblacionales identificables o no⁸⁶. Apartarse de los derechos fundamentales si es producto de una política estatal, no en vano es el primer indicador para calificar a dicho Estado como “fallido”⁸⁷.

Dentro de la evolución propia de los derechos fundamentales en materia penal, aparecen las manifestaciones relativas a los intereses colectivos que solicitan tutela en materia criminal. Como bien destaca MARTÍNEZ MEJÍA:

⁸³ Sobre la progresividad véase GUERRERO IRAOLA, J.; GIORDANO, C. J. “Progresividad o regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Claves para pensar Nuestra América (2015-2019)”, *Question*, N° 50, Vol 1., 2016, p. 90-97.

⁸⁴ Véase al respecto, DA SILVA MOREIRA, P. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019.

⁸⁵ Véase PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995.

⁸⁶ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. *Ob. cit.*, 2019, p. 82.

⁸⁷ GONZÁLEZ PONDAL, T.I. “La responsabilidad del Estado frente a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, N° 7, 2008, p. 63-117. GARCÍA COTARELO, R. *La desnacionalización de España: de la nación posible al estado fallido*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2016. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E. *¿Estados fallidos o estados en crisis?*, Editorial Comares, Granada 2009.

“(...) *estos intereses difusos o colectivos representan una ruptura con el paradigma tradicional de la teoría clásica del interés jurídico, y además, a que se trata de una categoría incipiente, cuya incorporación a los ordenamientos internos nacionales se vincula e impulsa con el desarrollo de los derechos humanos de solidaridad o de tercera generación, como el derecho al medio ambiente, a la paz, derecho al patrimonio común de la humanidad, entre otros (...)*”⁸⁸ (Cursivas nuestras)

Los derechos fundamentales introducirán también nuevos bienes jurídicos que deben ser protegidos por el Estado, en principio. Pero ¿qué ocurre cuando los Estados quedan rebasados antes las cada vez más exigentes demandas poblacionales? ¿Cómo tutelarlos cuando en la globalización, se transforma el estado del bienestar en una sociedad de sujetos pasivos, donde todos “exigen”, como indica SILVA SÁNCHEZ?⁸⁹.

Los bienes jurídicos al elevarse hasta categorías de bienes colectivos, sus titulares sufren un proceso de trasmutación, hasta el punto que toda una República o Reino, independientemente de su forma de gobierno, queda legitimada para acudir a instancias internacionales en su defensa. Ya indicamos que la sociedad del riesgo global implica amenazas jamás experimentadas, como por ejemplo, lo que hoy sucede con el COVID-19, obligando a confinar a más de 5000 millones de seres humanos en sus hogares⁹⁰, en lo que ahora parece conocerse como la “segunda oleada” de la pandemia.

Al ser *transnacional* la delincuencia económica, todas las sociedades donde opere las diferentes manifestaciones de este tipo de organizaciones, se encontrarán en la misma situación que sus vecinos, no importando si sus ejércitos poseen la capacidad termonuclear donde este tipo de artilugios se vuelve inerte ante un enemigo interno que vive al igual que un

⁸⁸ MARTÍNEZ MEJÍA, W. *Intereses difusos y colectivos en el Derecho penal Ambiental*, Consultado en Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, 2007, en: <http://www.riaj.com/content/intereses-difusos-y-colectivos-en-el-derecho-penal-ambiental>.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 33.

⁹⁰ Véase BEECH, H., RUBIN, A.J., KURMANAEV, A. y MACLEAN, R. “El enigma de la COVID-19: ¿Por qué el virus arrasa en algunos lugares y en otros no?”, En: *The New York Times*, edición en español de fecha 5 de mayo de 2020 [<https://www.nytimes.com/es/2020/05/05/espanol/mundo/coronavirus-donde-se-propaga-por-que.html>]

parásito en el torrente sanguíneo⁹¹. En pocas palabras, al borrar la delincuencia organizada transnacional las fronteras estatales, también eliminan las barreras jurídicas que impedían el acceso a diferentes jurisdicciones.

De esta manera, los derechos fundamentales al ser común en todas las sociedades que no conocen límites ni demarcaciones geográficas son el primer gatillo para que se eluciden fórmulas también “transnacionales” para combatir este tipo de delincuencia. En Venezuela, la SALA DE CASACIÓN PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA⁹², se ha pronunciado al respecto sobre esta ecuación entre la conculcación de los derechos fundamentales y la extensión de la legitimación procesal para hacerla colectiva en cuanto a los delitos relativos al tráfico de drogas, delincuencia organizada y corrupción. La Sala señaló:

“(…) La noción del Derecho penal económico responde al concepto de los delitos contra la Economía. El delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales sino también contra intereses sociales y supraindividuales (colectivos) de la vida económica, es decir, se lesionan bienes jurídicos colectivos o sociales o supraindividuales de la Economía. El principal bien protegido no es, por tanto, el interés individual de los ahorristas sino el orden económico estatal en su conjunto y la Economía. Esta delincuencia se ve favorecida por la modalidad internacional de cometerla en varios países a la vez. Esto lo favorece la elevada posibilidad económica del delincuente de cuello blanco, quien solo concede valor a los bienes materiales y sufre una avidez en la búsqueda incontrolable del provecho material, así como un egocentrismo que no le permiten desarrollar su efectividad y su apertura a la vida racional.

⁹¹ Véase SÁNCHEZ HERRÁEZ, P. “Guerras de cuarta generación: ¿cambiarán los principios de la guerra?, *Ejército: de tierra español*, N° 839, 2011, p. 68-75. HARO AYERVE, P. “La guerra de cuarta generación y las amenazas asimétricas”, *Revista Política y Estrategia*, N° 134, 2019, p. 93-113.

⁹² TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia n° 468 de fecha 21 de julio de 2005 (Caso: *Intervención financiera Banco Comercial Amazonas y el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria*). Es importante señalar el contexto por el cual la Sala dictó esta decisión, entre muchas otras, vinculadas a las sucesivas crisis bancarias experimentadas en Venezuela (1994, 2002 y 2009). Junto a los delitos bancarios cometidos por los administradores y accionistas de algunos bancos, se le suma la apropiación indebida de los auxilios financieros otorgados por el Estado venezolano para inyectar liquidez a la banca. En nuestro país, quien se encarga de la vigilancia de dicha liquidez y garantía a los depositantes, es el Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE).

(...) El delincuente de “cuello blanco” ataca la sociedad desde adentro y mientras tanto su prestigio social aumenta, no la ataca desde afuera, como los criminales comunes. Y como lo demuestra el criterio ontológico, el bien jurídico vulnerado, esto es, la Economía nacional, es un bien jurídico de mucho mayor grado que la propiedad, considerada en general (...)”

Como puede verificarse en el fallo, el ataque a la sociedad entera obliga al replanteamiento de todas las instituciones y conceptos del Derecho penal, donde el *comiso* autónomo debe asumir un mayor protagonismo. Este replanteamiento no se formulará desde la óptica liberal del Derecho clásico, sino, desde la esencia misma del estado del social, que ante los ataques de intereses particulares delincuenciales, reacciona para proteger a las propias comunidades políticas, en fin, a la ciudadanía.

2. *Las organizaciones especializadas internacionales y la lucha contra la delincuencia económica*

Como indicamos en el punto anterior, al ser todos víctimas de la violaciones masivas de derechos humanos por la delincuencia organizada internacional, los Estados a los efectos de preservar su soberanía y evitar así cualquier contaminación política, han decidido la creación de órganos supranacionales de carácter técnico-especializado. En la medida que los fenómenos criminales económicos asumen perspectivas más tecnificadas, también, la respuesta plural y supraestatal se va perfilando mas eficiente.

El GAFI ha sido una de las experiencias pioneras en esta lucha formal de los Estados contra las nuevas formas de delincuencia económico-financiera. Sin embargo, GAFI es un esfuerzo de las naciones industrializadas sin intervención de la ONU, lo que limitaría muchas veces la persuasión de sus reglas en Estados contrarios a los del G-8.

Por ello, posteriormente en esta línea temporal de órganos superespecializados multilaterales, surgirá la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODD y en inglés UNODC), creada en 1997. Según explica CONTRERAS LÓPEZ, la UNODD nace de la fusión entre el *Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización* y el *Centro para la Prevención Internacional del Delito*⁹³.

⁹³ CONTRERAS LÓPEZ, R. *Globalización y Derecho Penal Económico*, Guía de clases Master Derecho Penal Económico Internacional-IAEU, Madrid, 2019, p. 46.

Su principal mandato es ayudar a los Estados miembros en su lucha contra el tráfico de drogas, la delincuencia organizada y el terrorismo internacional⁹⁴.

Aunado a estas oficinas técnicas globales, los cuerpos de soportes policiales también se agrupan en equipos multinacionales, como son la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL (INTERPOL) y la OFICINA EUROPEA DE POLICÍA (EUROPOL). Sobre la INTERPOL podemos señalar que es quizá el esfuerzo internacional policíaco más tecnificado, exitoso y sostenido en décadas. En sus Estatutos, modificados en la 85th reunión de 2017⁹⁵, se indica que precisamente sus fines están enmarcados dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde, brindarán la más amplia asistencia recíproca a las autoridades de policía criminal⁹⁶ sea en la prevención o la represión de las infracciones de derecho común⁹⁷.

La EUROPOL, con sede en La Haya, actúa ya desde el plano de los Estados miembros de la Unión Europea. Su misión, es la de recabar, analizar y transmitir distintas informaciones para facilitar las investigaciones de las autoridades nacionales (espacio SCHENGEN) en la lucha contra las formas más graves de delincuencia internacional. Luego de 2002, se creó de su seno, una unidad europea para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, denominado EUROJUST, encargada, entre otras funciones tácticas, de la coordinación entre las fiscalías europeas⁹⁸.

Lo común entre INTERPOL y EUROPOL, resalta de su compromiso por el resguardo de los derechos fundamentales una vez éstos se ven amenazados por grupos delincuentes cuya capacidad de causar daños en aquéllos son ilimitados, como verdaderos enemigos, en la terminología de JAKOBS en su *Feindstrafrecht*⁹⁹. Ante ello, estos órganos tienen en su raíz

⁹⁴ Para más detalles, véase <https://www.unodc.org/>

⁹⁵ I/CONS/GA/1956 (2017). Sobre el procedimiento en Interpol, véase BREWER-CARÍAS, A.R. *El procedimiento administrativo global ante INTERPOL*, IJSA, San José de Costa Rica 2015.

⁹⁶ Artículo 2, a) del *Estatuto de la OIPC-Interpol*.

⁹⁷ Artículo 2, b) del *Estatuto de la OIPC-Interpol*.

⁹⁸ <http://www.eurojust.europa.eu/pages/home.aspx>

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 184-185. Señala Sánchez en relación a la obra de Jakobs lo siguiente: “(...) el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y

fundacional un compromiso por la protección sin límites de los derechos y bienes jurídicos colectivos constantemente lesionados por las diferentes manifestaciones de la delincuencia económica.

En el marco subcontinental americano, existe la COMISIÓN INTER-AMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD)¹⁰⁰, como oficina técnica de la ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Funciona como órgano consultivo y asesor de la OEA en materia de estupefacientes y sicotrópicos¹⁰¹, así como de sus Estados miembros¹⁰².

En Asia, la ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SURESTE ASIÁTICO (ASEAN) creada en 1967 y posteriormente ampliada para otras naciones del continente, organizó en 2000 (Bangkok) un Congreso Internacional cuyo fin fue establecer una ASEAN especializada en materia de drogas.

Quizá dentro de estos organismos especializados, los más tecnificados sean los denominados “grupos de seguimiento”, encargados de verificar la materialización de los cometidos y competencias contemplados en los documentos internacionales que han creado a los órganos supranacionales.

Entre esos grupos de seguimiento, en materia de delincuencia organizada (lavado de dinero), se concibió el denominado GRUPO EGMONT, creado en 1995 por un grupo de Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)¹⁰³ europeas. Este grupo fue el pionero en la cooperación internacio-

no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal del enemigo serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha y el socavamiento de garantías procesales (...)”.

¹⁰⁰ http://www.cicad.oas.org/main/default_spa.asp

¹⁰¹ Artículo 19 a. del *Estatuto de la Comisión Interamericana para el control del abuso de Drogas*. Modificado y adoptado el 4 de junio de 1997 por la 27th período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA en Lima.

¹⁰² Artículo 19 b. del *Estatuto de la Comisión Interamericana para el control del abuso de Drogas*.

¹⁰³ GLEASON, P. y GOTTSSELIG, G. *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, (traducción de ADRIANA RUSSO y CARLOS VIEL), Fondo Monetario Internacional - Grupo Banco Mundial, Washington D.C., 2004, p. 21.

nal sobre agencias afines para compartir información, estableciéndose formalmente hasta conformar hoy una unidad compacta y articulada de varias UIF estatales, conocidas como UIF (o FIU en su versión inglesa) EGMONT¹⁰⁴.

En la medida que la lucha contra la delincuencia económica vaya profundizándose en la experiencia adquirida por los Estados desde el 11 de septiembre de 2001, se establecerán organizaciones técnicas supranacionales, las cuales, algunas han formulado observaciones y rasgos característicos sobre la institución que abordamos en este ensayo: *las nuevas manifestaciones del comiso y la extinción de dominio*.

3. *El tratamiento al “Estado” como víctima de los delitos económicos y su legitimación para ser defendido en otras jurisdicciones*

Como consecuencia de las anteriores expresiones histórico-organizativas supranacionales, subyace una tercera, la cual, no está exenta de polémica por sus mera concepción. Hacemos referencia al nuevo tratamiento que se le dispensa a los Estados individualmente contemplados: *la nueva categoría de víctima*.

Históricamente, desde el siglo XVIII, a los Estados se les concibe como fuentes exclusivas del poder, más específicamente, lo que en jerga constitucional se denomina *Poder Público*¹⁰⁵. Desde entonces, al ciudadano se le ampara constitucional y legalmente con un arsenal de derechos fundamentales y vías procesales para controlar precisamente ese Estado al que no se le reconocen derechos sino *potestades públicas*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ GLEASON, P. y GOTTSELIG, G. *Ob. cit.*, 2004, p. 120. Se entiende como definición de UIF Egmont la siguiente: “Unidad central, nacional, encargada de recibir (y, si lo tiene permitido solicitar), analizar y trasladar a las autoridades competentes, comunicaciones de información financiera. (i) relacionadas con fondos de los que se sospeche un origen delictivo y una posible financiación del terrorismo, o (ii) requeridas por la normativa nacional con el fin de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

¹⁰⁵ Al respecto, véase RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Reflexiones sobre el Poder Público*, Andavira, Santiago de Compostela 2011. SEVERO GIANNINI, M. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. *El Poder Público: estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991.

¹⁰⁶ Véase CORTIÑAS-PELÁEZ, L. “Teoría general de los cometidos del Poder Público”, *Revista de Administración Pública*, nº 111, 1986, p. 51-94.

Este ha sido el núcleo duro garantista del discurso que ha construido, sobre todo, el Derecho administrativo contemporáneo¹⁰⁷ sobre el tratamiento que debe dispensársele al delicado equilibrio Estado-Ciudadano.

Sin embargo, con la sociedad del riesgo global, aunado al carácter progresivo de los derechos fundamentales; introducen elementos que muchas veces terminan por alterar la ecuación construida en la modernidad jurídica sobre el Poder Público. La delincuencia económica, al adoptar las reglas propias del mercado, se mimetiza y se mezcla con la sociedad y sus prácticas lícitas, llegando muchas veces a no saber distinguir con relativa facilidad dónde opera una organización criminal en la economía y dónde se encuentra ausente. Como indicamos *ut supra*, no sólo mutan los derechos fundamentales, sino también las fuentes, vías, acciones o abstenciones por las cuales pueden conculcarse.

Llegado a determinados puntos, cuando la política criminal estatal es incapaz de enfrentar la delincuencia organizada transnacional, sea cual sea su versión, sin entrar dentro de la categoría de Estado fallido, existen momentos donde dichos Estados se transforman en *víctimas sistemáticas de estas conductas criminales*. Un ejemplo claro fue Colombia en los años 90 del siglo pasado, que se encontraba a merced de los cárteles de la droga¹⁰⁸. Si identificamos en nuestros días al Estado como la personificación de la Nación, y ésta es la adhesión de toda la población a ciertos vínculos comunes; no hay duda que al ser atacado el primero por el narcotráfico, ***verbi gratia*, estaría habilitado para conseguir el apoyo de los órganos supranacionales que vendrían en su ayuda.**

De esta manera, por ejemplo en los casos de corrupción, al verse el Estado y la sociedad postrados ante organizaciones racionales corruptas que operan más allá de las fronteras de dicho Estado, se encontraría habilitada toda la comunidad internacional para perseguir en sus respectivas

¹⁰⁷ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Madrid, 1983.

¹⁰⁸ Al respecto, véase ATEHORTÚA CRUZ, A.L. y ROJAS RIVERA, D.M. “El narcotráfico en Colombia. Pioneros y capos”, *Historia y espacio*, Vol. 4, N° 31, 2008, p. 13-35. ARRATIA SANDOVAL, E. “Agendas criminales y procesos de paz en Colombia: El caso de la “donbernabilidad” en Medellín, N° 130, 2017, p. 57-100. SANDOVAL MESA, J.A. “instrumentos internacionales de cooperación judicial en materia penal, en la lucha contra los principales agentes de la criminalidad en el derecho colombiano”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 6, N° 1, 2011, p. 1-32. MONTENEGRO RINCO, L.E. y DURÁN ESTUPIÑÁN, P.A. “Lucha contra el narcotráfico: transferencia de una experiencia”, *Criminalidad*, Vol. 50, N° 2, 2008, p. 57-70.

jurisdicciones aquellos que se han apropiado de los bienes y recursos públicos de forma indebida. El Estado actuaría en otra jurisdicción como “víctima de delitos de lesa humanidad”¹⁰⁹, para que los mecanismos concordados se pongan en acción y de esta manera, proceder a la recuperación de activos. Ahora bien, antes de recuperar, una de las técnicas más eficientes para asegurar bienes de dudoso origen, es precisamente las nuevas formas del *comiso* y que en algunas legislaciones se conoce como *extinción de dominio*.

Por ello, sin entrar a la valoración sobre este polémico tratamiento del Estado como víctima de organizaciones criminales altamente tecnificadas, es que surge toda una literatura donde todavía no se concreta una tesis aceptada por la comunidad internacional. Apenas pocos avances que implica al Estado como víctima de la delincuencia económica, puede atenderse como ejemplos palpables.

II. LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES CONTRA LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Vistos los tres (03) antecedentes que facilitaron la creación de los convenios y tratados contra la delincuencia económica que más adelante estudiaremos y que abordan al *comiso*, debemos hacer referencia a dichos instrumentos internacionales (*ius cogens*) que acometen de forma específica el combate contra la delincuencia globalizada, tautológicamente, identificada como una *delincuencia de naturaleza netamente económica*. Es importante recalcar que los tratados asumen es el vocablo *comiso* y no *extinción de dominio*, razón por la cual, nos ha obligado al diseño del presente ensayo abordando en los tres primeros capítulos el concepto de *comiso* y no de *extinción de dominio*. En este punto, también, queremos dejar en claro cuatro advertencias preliminares sobre el papel de dichos tratados sobre el *comiso* autónomo.

En primer lugar, los tratados materializan la señera regla *verba volant, scripta manent*, además de fundamentarse en su piedra angular desde

¹⁰⁹ Véase HASSEMER, W. “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, p. 241-260. También, LIMA MALVIDO, M. DE LA L. “Las víctimas del delito y el abuso del poder del terrorismo”, *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, Nº 20, 2006, p. 41-74.

la PAZ DE WESTFALIA: *rebus sic stantibus*¹¹⁰. Sus documentos son referencias objetivas sobre las ideas-fuerza, mecanismos, sistemas, procedimientos y aquellas experiencias o tratamientos técnicos de materias para ser reconocida por los Estados firmantes y los no firmantes, así no sea posteriormente transformados en reglas estatales nacionales. Son en principio conclusiones y señalamientos categóricos indiscutidos una vez logrado el consenso y suscritos, salvo está, las reservas que puedan formular cada Estado.

En segundo lugar, al contener los mismos definiciones categóricas, dichos documentos internacionales facilitan la consecución de definiciones legales comunes para todos, como ocurre en el caso del *comiso* o “Decomiso”, que es otra de las voces más aceptadas sobre la temática, resaltada en las definiciones de todas las convenciones y tratados que estudiaremos. CNUCTISS 1988¹¹¹, CNUCDOT 2000¹¹² y UNCAC 2003¹¹³, contemplan y definen al *comiso* (rectius: *decomiso*) –sobre todo el tradicional– en sus cuerpos normativos, para evitar equívocos sobre la terminología que deben emplear los Estados, más que todo, al momento de requerir cooperación internacional.

En tercer lugar, los tratados articulan las recomendaciones formuladas por organizaciones técnicas, cuando por su importancia y magnitud, no puede ser regulada vía de instrumentos menores tales como opiniones consultivas, recomendaciones, memorándums, etc. Los órganos especializados que combaten la delincuencia organizada evalúan los nuevos aportes y desarrollo de instrumentaciones eficaces y eficientes contra este flagelo global.

En cuanto lugar, los tratados indican la operatividad sobre los grupos de seguimiento, pudiendo facilitar la concreción de una agenda que materialice los objetivos y demás disposiciones acordadas entre los Estados. Si la delincuencia económica día a día sufre un proceso de optimización en sus prácticas transnacionales, es deber de estos grupos, como es el caso

¹¹⁰ Véase AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de. *La cláusula “rebus sic stantibus”*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2003. GÓMEZ ROJO, M.A. “Algunas aportaciones al análisis de la denominada cláusula rebus sic stantibus: teoría de la imprevisión. Especial referencia al derecho comparado e internacional”, *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, N° 18, 2002, p. 2613-2634.

¹¹¹ Artículo 1, f) de la CNUCTISS 1988.

¹¹² Artículo 2, g) de la CNUCDOT 2000.

¹¹³ Artículo 2, g) de la UNCAC 2003.

del GAFI, pulsar constantemente las recomendaciones y verificar si se cumplen las metas trazadas. No en vano los tratados así como definen un marco objetivo de determinación normativa, también, influyen en las agendas de seguimiento para que todos los Estados suscribientes no formulen excusas para su no cumplimiento.

1. *Marco de las Naciones Unidas y otras organizaciones multilaterales. El poder y capacidad organizativa de los grupos de investigación, seguimiento y de especialización de los órganos del sistema de Naciones Unidas*

Uno de los aspectos que debemos resaltar, dentro de las cuatro advertencias metodológicas anteriores, estriba en la articulación sistemática de los tratados bajo un marco común, que en la postguerra, quedó en manos de la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS y sus pares subcontinentales. La ONU ha creado todo un subsistema de oficinas y órganos especializados en temáticas, que originalmente, eran programas de asistencia, pero, las exigencias globales y sus complejidades fueron moldeándolos hasta constituirse hoy por hoy en una sistemática y logística de grupos, expertos, autoridades mundiales en materias técnicas y toda exigencia humana. Por ello, más allá de concebir tratados o convenios aislados, en beneficio de algún grupo de Estados o inclusive, entes privados transnacionales; todos los esfuerzos se rigen por la estricta observancia del *Sistema de Naciones Unidas*¹¹⁴.

Con la introducción del concepto de “Estados fallidos”, el sistema de Naciones Unidas se fortalece en el sentido que asume una condición de garantía que evitaría a toda costa que un conjunto de aquellas naciones penetradas estructuralmente por el narcotráfico, el terrorismo y la corrupción, terminen adoptando en bloque políticas comunes para transformarse en “paraísos jurídico-penales”. De esta forma, visto el poder de la delincuencia organizada en globalización, el sistema de Naciones Unidas está más que legitimado para concretar los documentos internacionales que terminarán en convertirse como convenios y tratados, o bien, sus suplementos, modificaciones o adhesiones.

¹¹⁴ Véase UPRIMMY, I. M. “La protección internacional de los Derechos Humanos en el sistema de Naciones Unidas”, en: ERAZO, X. (Coord.), *Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales*, LOM Editores, Santiago de Chile, Vol. 2, 2007, p. 25-42.

De esta manera, justificamos las únicas instituciones que debe vincularse efectivamente, forma exclusiva, el *comiso* tradicional y el autónomo y sus múltiples manifestaciones, sólo si es dentro del marco documental emitido por las Naciones Unidas y demás organizaciones supranacionales subordinadas al sistema. Por ello en este ensayo sólo abarcamos las tres convenciones más emblemáticas que terminarán por forzar las transformaciones del *comiso*. Sobre la extinción de dominio, la UNODC ha concretado la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO que estudiaremos con detalle en el capítulo cuarto del presente libro.

No debe resultar extraño que en un futuro cercano, Estados alineados bajo un eje fallido, facilite el soporte de actividades criminales supranacionales, conformen mecanismos bilaterales o trilaterales para favorecer marcos regulatorios más laxos en cuanto al narcotráfico, el terrorismo, el lavado de activos y la corrupción. De allí nuestro énfasis que sólo el sistema de las Naciones Unidas se encuentre legitimada para la conformación de documentos normativos internacionales sobre delincuencia económica.

El peligro de una “transnacional del crimen” capaz de influir sobre los Estados y de permear sus estructuras, pueden terminar por emplear los mismos mecanismos globales cual Sistema de Naciones Unidas paralela pero como una liga criminal de Estados fallidos, como fue asomado por primera vez durante la Administración del Presidente GEORGE W. BUSH (2001-2009)¹¹⁵.

2. *Las Convenciones y Tratados de las Naciones Unidas contra la delincuencia económica*

Visto entonces que sólo el sistema ONU es el entramado orgánico con competencia para crear, verificar y modificar las regulaciones internacionales contra la criminalidad económica, es necesario centrarnos en el papel de las Convenciones y Tratados como marco y fundamento para las nuevas instituciones, así como, de la redimensión que asumen las ya tradicionales para el Derecho penal como es el caso del *comiso*.

¹¹⁵ La idea fue asomada durante el discurso de la Unión en febrero de 2002 “axis of evil”, y que luego se transformaría en doctrina del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. Para más detalles véase news.bbc.co.uk/2/hi/americas/1796034.stm. También SORIANO DÍAZ, R.L. *Teoría y práctica de la guerra justa del Presidente Obama*, Aconcagua Libros, Sevilla 2018.

Si bien es cierto nosotros partiremos teóricamente como sustento del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*, la tesis del Derecho penal a dos velocidades producto de la globalización, como se explicará en el próximo capítulo, también, debemos precisar que en la moderna teoría general de las fuentes del Derecho¹¹⁶, la doctrina o el *ius respondendi edicendi* ha sido desterrado hace muchos siglos. No basta con esgrimir una construcción argumental de un doctrinario para asegurar suficientemente nuestra hipótesis sobre el origen del *comiso* autónomo o *extinción de dominio*.

Para ello, es necesario que el núcleo duro de cualquier teoría propugnada en el campo de la dogmática penal sea asumido formalmente por el legislador o la judicatura en sus decisiones judiciales. Sin embargo, ya hemos argumentado que no es así, por cuanto, al sobrepasar la corrupción, el narcotráfico y la delincuencia organizada la capacidad judicial estatal para controlarla o erradicarla requeriría de acciones y recursos, así como, modificaciones lingüísticas que sólo pueden provenir de dimensiones supranacionales.

Si la lucha contra las diversas manifestaciones de la delincuencia transnacional fuera sólo un problema que el Derecho penal clásico liberal pudiera resolver, poco o nada tendrían de prácticos los convenios internacionales sobre la materia, porque el riesgo sería inexistente. Es más, estaríamos en presencia de un ejercicio de huera diplomacia de organismos multilaterales, incapaces de muchas veces justificar la abultada y exquisita burocracia que los conforma. Pero, ocurre lo contrario. Como lo expresa RODRÍGUEZ GARCÍA, haciendo referencia a las palabras del entonces Secretario General de las Naciones Unidas, el desaparecido KOFI ANNAN, estos convenios son respuestas de la sociedad civil contra la “sociedad incivil que busca acabarla”¹¹⁷.

De esta manera, existen consensos teóricos globales que permean a los actores y organizaciones supranacionales, generando convicciones que en ciertos casos, quebrarán las reglas clásicas como es la protección de los bienes jurídicos por el Estado y la incólume fundación jurídica moderna

¹¹⁶ Al respecto, véase AGUILÓ REGLA, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Ariel Editores, Barcelona, 2000, p. 129-131.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Decomisa que algo queda como estrategia dominante e influyente en los sistemas penales para poner freno a la sociedad incivil*. En: AAVV. *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, Vol III. 2018, p. 2170.

de la “presunción de inocencia”¹¹⁸. Como no basta alegar doctrinalmente a favor de la *extinción de dominio* o el *comiso* autónomo, se recurre a los mecanismos internacionales concentrados en los tratados y convenios, que por la gravedad del caso, implican cierta forma una cesión de los atributos absolutos de la soberanía. Cesión que ha tenido fuertes resistencias en los grupos de expertos y en organizaciones de plenipotenciarios, como en efecto, revisaremos en los antecedentes de los tratados que han contemplado nuevas formas del *comiso*.

Así, los organismos multilaterales como las Naciones Unidas asumen programas en cada uno de los espacios y problemas que nos afectan como sociedad de riesgo global. Algunos, muchas veces debajo de los estándares técnicos establecidos, otros, con proyecciones, mecanismos, conceptos e instituciones de avanzada. El *comiso* autónomo es uno de ellos. Su abordaje en principio quiebra reglas básicas y principios, como es la *presunción de inocencia*.

Como se explicó *ut supra*, existen nuevos bienes jurídico-penales que responden a los intereses colectivos y difusos que poco han sido desarrollados por la legislación interna penal de muchos Estados¹¹⁹. Estas carencias, aunadas a la creciente tecnificación de la corrupción y sus patologías, las prácticas del narcotráfico internacional, las ramificaciones del terrorismo y la debilidad institucional de muchos Estados para controlar sus recursos fiscales y la violencia de ciertos grupos corruptos¹²⁰; resuelven a pensar soluciones consensuadas a través del Derecho de los tratados internacionales, mejor conocido como *ius cogens*.

En nuestro caso, la batalla contra la delincuencia económica ha encontrado en las Naciones Unidas un ariete de grandes dimensiones para prever cualquier instrumento que implique afectarles patrimonialmente a quienes incurrir en corrupción, a quienes emplean los sistemas financieros para el lavado de activos, e inclusive, para las llamadas eufemísticamente “buenas obras” del narcotráfico¹²¹. Uno de ellos, casi estelar, como

¹¹⁸ Sobre la presunción de inocencia véase MORENO CATENA, V.M. *Sobre la presunción de inocencia*. En: AAVV. *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I, Barcelona, 2015, p. 856-894.

¹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 11.

¹²⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Ob. cit.*, 2018, p. 2171.

¹²¹ Existe una patología propia del narcotráfico en América Latina y es la relativa al destino de ciertos recursos obtenidos por las drogas para ser invertidos en obras so-

afirma RODRÍGUEZ GARCÍA, es el *comiso* que transversalmente opera contra el narcotráfico, el crimen organizado transnacional, el terrorismo y finalmente la corrupción¹²².

Nosotros nos detendremos en los tres instrumentos internacionales que abordan el *comiso* –tanto tradicional como el autónomo–, como son la CONVENCIÓN DE VIENA (1988), la CONVENCIÓN DE PALERMO (2000) y la CONVENCIÓN DE MÉRIDA (2003).

A. *La Convención de Viena de 1988 sobre Drogas*

La CNUCTISS fue aprobada en 1988¹²³ como consecuencia del exponencial crecimiento del narcotráfico en todo el continente americano y asiático, además, de su redimensión, dejando prácticamente a las señeras Convenciones únicas de 1961 sobre *Estupefacientes*¹²⁴ y su *enmienda*¹²⁵,

ciales, muchas de ellas, de mayor consistencia y persistencia en el tiempo. Por ejemplo, emblemáticos fueron los casos de contribuciones sociales del Cártel de Medellín que fueron más allá de la mera beneficencia pública. Se llegó al paroxismo de inversiones en la construcción de viviendas de interés social de mayor y más impacto que las ofertadas por el sector público, así como, mejoras en los servicios públicos de los urbanismos populares en Colombia. Al respecto, véase HOPE, A. 2020, “La filantropía criminal”, En: *Diario El Universal*, México D.F., edición del 6 de mayo de 2020 [<https://www.eluniversal.com.mx/opinion/alejandro-hope/la-filantropia-criminal>] Señala este artículo lo siguiente: “(...) Como bien explica mi colega Eduardo Guerrero, la selección de estas ubicaciones puede dar pistas sobre las prioridades de los grupos criminales. Es posible que haya detrás de esto un intento de generar simpatías y ganar base social en ubicaciones particularmente importantes para las operaciones de tal o cual banda de la delincuencia organizada. Sin embargo, me parece que, a la par de esas estrategias focalizadas de relaciones públicas, hay un mensaje más amplio. Con sus arranques de generosidad, sus vistosas entregas de despensas, sus reparticiones de víveres de la mano de hombres armados, los grupos criminales están mandando el mensaje de que pueden hacer lo que sea y donde sea, que pueden mostrarse en sociedad sin recato alguno, que pueden suplir al Estado en una de sus funciones esenciales. Es una demostración de fuerza e impunidad más potente que un convoy de cincuenta camionetas balizadas con 150 sicarios armados hasta los dientes (...)”.

¹²² RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Ob. cit.*, 2018, p. 2172.

¹²³ Aprobada en Viena el 20 de diciembre de 1988 por la Conferencia de Plenipotenciarios, entrando en vigencia definitiva el 11 de noviembre de 1990.

¹²⁴ Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Nueva York, 30 de marzo de 1961.

¹²⁵ Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de enmienda de la Convención Única de 1961, Nueva York, 8 de agosto de 1975.

el Convenio de 1971¹²⁶ y el Protocolo de 1972¹²⁷, como instrumentos incapaces de responder ante la cada vez más desbordada actividad comercial ilegal de drogas.

El fortalecimiento de los denominados cárteles de la droga en Colombia y México, terminaron por extender su influencia hacia los Estados Unidos, hasta el punto que el entonces gobierno de RONALD REAGAN (1981-1989) se vio en la necesidad de tomar mayores determinaciones para enfrentar este problema que mostraba un rostro terrible contra la juventud norteamericana. En Latinoamérica, el poder ostensible del narcotráfico fue ramificándose hasta el punto de constituir una fuente de financiamiento para las actividades subversivas dentro de algunos Estados¹²⁸, así como, para la adquisición de armamento y otros pertrechos para la toma del poder político por grupos armados.

La década de los 80 del siglo pasado, fue un escenario donde por primera vez se puso en jaque la capacidad estatal para controlar la delincuencia. De allí que, los Estados (sobre todo los latinoamericanos) decidirían establecer un instrumento único y de gran calibre para fomentar una lucha frontal y más cooperativa, ante un problema que casi se sale de las manos poniendo en peligro al subcontinente a merced de organizaciones narcoterroristas.

Ahora bien nos interesa en el presente ensayo el gran aporte que significó para la institución del *comiso*, el abordaje que posteriormente la CNUCTISS hizo del mismo. El primer antecedente –y esfuerzo– por introducir el *comiso* autónomo ocurrió precisamente con las reuniones de los grupos de expertos, donde, según se puede leer de los informes, nunca estuvo exento de polémica dar el primer paso. Es por esta razón que la CNUCTISS no incorpora formalmente el *comiso* autónomo como lo concretaría de forma expresa en 2003 UNCAC, sino, que procedería con sumo cuidado al aportar el cambio en las reglas probatorias.

¹²⁶ Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, Viena 21 de febrero de 1971.

¹²⁷ Protocolo de enmienda de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, Ginebra 25 de marzo de 1972.

¹²⁸ Véase PONTÓN, D. “La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, N° 47, 2013, p. 135-153. HARDINGHAUS, N.H. “Droga y crecimiento económico: El narcotráfico en las cuentas nacionales”, *Nueva Sociedad*, N° 102, p. 94-106. CABRERA GALVIS, M. 2007, “Los dineros ilícitos en la economía colombiana”, *Revista Javeriana*, N° 739, 1989, p. 32-39.

La CONVENCIÓN DE VIENA de 1988 fue construida a lo largo de una década y de cientos de horas de trabajo de diferentes grupos de expertos. En este punto, rescataremos lo debatido sobre el *comiso* autónomo, pues, puede considerarse el antecedente más remoto hasta ahora precisado. Como lo indica las propias Naciones Unidas¹²⁹, la CNUCTISS surge por:

“(…) 6. La urgente necesidad de adoptar medidas decisivas y un **criterio amplio que abarcase todos los aspectos del tráfico** llevó a varios gobiernos de países de América Latina a aprobar dos solemnes declaraciones, que se transmitieron en 1984 a la Asamblea General para su consideración en el trigésimo noveno período de sesiones. En la Declaración de Quito contra el Narcotráfico (A/39/407, anexo)⁴ se instaba a la adopción de medidas legislativas internacionales que permitiesen realizar una campaña eficaz contra el tráfico ilícito más allá de las fronteras nacionales e impusiesen penas a los delincuentes, dondequiera que estuviesen, y se proponía que el tráfico de drogas se considerase como un delito contra la humanidad con todas las consecuencias jurídicas aplicables al caso. (...)”. (Negrillas y subrayado nuestro)

Del texto resaltamos la frase “criterio amplio que abarcase todos los aspectos del tráfico”. Uno de estos aspectos es precisamente el tratamiento que debe dársele a los bienes que eran confiscados y que si bien tenían una conexión con la comercialización ilegal de drogas, no podía catalogarse como actividad criminal.

La primera de las menciones al *comiso* autónomo y sus conflictos se plasma en el documento conocido como “INFORME DEL GRUPO DE EXPERTOS PARA ESTUDIAR EL FUNCIONAMIENTO, LA ADECUACIÓN Y LA MEJORA DE LA CONVENCIÓN ÚNICA SOBRE ESTUPEFACIENTES”¹³⁰, de fecha 29 de octubre de 1982, aprobado por la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹³¹. Puede leerse en los apartados 50 al 52 (p. 15), lo siguiente:

¹²⁹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 2.

¹³⁰ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. Documento E/CN.7/1983/2/Add.

¹³¹ El informe fue co-suscrito por los siguientes expertos quienes formularon sus tesis, observaciones y reparos sobre el nuevo documento que complementaría a la Convención Única de 1961 y sus protocolos. EDWARD ARMENAKOVICH BABAYAN,

“(…) 50. The group was informed that both article 36 and 37 of the Single Convention could be considered as having direct relevance to the subject. In fact, article 37 on “seizure and confiscation” concerned objects directly associated with the commission of an offence and could not as now formulated be construed as applicable to objects acquired with illegal assets arising from the drug traffic. Article 36.2(a)(ii) should accordingly be considered as the basic provision of the Single Convention with respect to this subject. **It was the opinion of the group that many Governments might feel that the provision as stated in the Single Convention was more oriented toward financial operations than to seizure or confiscation of assets.**

51. It was recognized that many Governments had encountered difficulties in applying existing legislation or in enacting new legislation aimed at attacking such financial assets because of constitutional limitations. Existing legislation relating to seizure of financial assets often applied only in the aftermath of a conviction in court rather than to preliminary activities or conspiracy. Such legislation also was often directed more specifically to the illicit arms trade or to cases of international fraud. There were clear indications that the international community would welcome further legislative activity at the national level to facilitate attachment and seizure of drug related financial assets.

52. The question was raised as to whether the Single Convention went far enough to encourage the enactment of special legislation directed against financial assets. It was felt that, in the context of an international instrument such as the Single Convention, provisions on this subject could conceivably be strengthened and existing provisions could be more broadly interpreted in practice. In view of the absence of a specific mention in the Single Convention of the possibility of enacting legislation aimed at attacking traffickers financial assets, many Parties might be reticent to do so. It would accordingly be appropriate for the Commission to ask the Secretary-General to request an opinion of the Legal Counsel with respect to the appropriateness of the enactment of national legislation as being in accordance with the provisions of article 36. Once that legal question was

BRIAN O. BUBBEAR, ECMEN BARUTÇU, RONALD BUZZEO, MADAN M. BHATNAGAR, MAURICE RANDRIANAME, KENNETH W. EDMONDSON, ISMAIL BOUZAR y CHAVALIT YODMANI.

clarified, the Division should inform all Governments of the position by the Legal Counsel and invite them, if that opinion so allows, to consider the enactment of appropriate national legislation, if they deem it to be useful in the context of their national drug traffic situation. Such legislation could, inter alia, provide for the forfeiture of all moneys and other assets of their financial backers and accomplices as well as the seizure of assets of convicted traffickers. Parties which deem it advisable to enact such legislation should also be encouraged to enter into bilateral or regional multilateral agreements on the subject. (...) (Negrillas y cursivas nuestras)

De los párrafos resaltados, queremos dejar muy en claro el problema central del comiso autónomo en casi todos los escenarios: el problema de la soberanía y las garantías del Derecho penal liberal. Como indica el párrafo 51, “(...) *had encountered difficulties in applying existing legislation or in enacting new legislation aimed at attacking such financial assets because of constitutional limitations* (...)”. Estas limitaciones todavía, hasta nuestra fecha, cuando prácticamente han transcurrido casi cuarenta años de su primera advertencia, sigue siendo el principal obstáculo.

Posterior a la reunión de 1982, se celebraron nuevas reuniones y conferencias de los grupos de expertos, hasta lograr consensos preliminares como la Declaración Solemne de 1984, la Declaración de Quito sobre el narcotráfico (A/97/407) y la Declaración de Nueva York. En las preparatoria de dichos documentos, específicamente en la reunión de expertos de la Comisión de fecha 13 de diciembre de 1984¹³², encontramos las polémicas suscitadas en Asia y Australia con respecto a la posibilidad de introducir la confiscación y el comiso, prescindiendo de la condenatoria penal¹³³.

Sin embargo, la oposición frontal al *comiso* autónomo ocurre cuando se formula el proyecto de la Convención¹³⁴, más específicamente en el INFORME DE LA REUNIÓN ABIERTA DEL GRUPO DE EXPERTOS INTERGUBERNAMENTALES SOBRE LA PREPARACIÓN DE UN PROYECTO DE CONVENCION

¹³² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE ESTUPEFACIENTES. Documento E/CN.7/1985/9. El documento lleva por título “*Situation and trends in drug abuse and the illicit traffic, including reports of subsidiary bodies concerned with the illicit traffic in drugs*”.

¹³³ Específicamente en los párrafos 46 (p. 12), 75 al 80 (p. 18-19).

¹³⁴ E/CN.7/1987/2/Add 1.

CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS¹³⁵. Dos párrafos serán demoledores en cuanto a la oposición frontal al *comiso* autónomo, en específico, los número 60 (p. 11) y 101 (p. 17). De esta forma, el grupo de examen señaló:

“(...) 60. The propriety of including **forfeiture among the possible sanctions was extensively discussed**. Several representatives argued that irrespective of the fact that in some legal systems forfeiture was considered a pecuniary function (whereas in others it constituted a penal sanction), the concept was now sufficiently established and widely used and should accordingly find its place in the convention. Furthermore, it was considered that the forfeiture of assets acquired through illicit trafficking had proven to be an effective means of depriving traffickers of the gains of, as well as of the means of undertaking anew, their criminal activities. The Group endorsed its previous tentative decision to insert both the concepts of “pecuniary sanctions” and “forfeiture” in the new paragraph 2.

101. Several representatives considered as unacceptable the provision of subparagraph 3(b)(ii) regarding the forfeiture of proceeds, there had been **no conviction or prosecution, as the right to property was a fundamental right guaranteed by their constitution and domestic law**. Such a provision was also considered **as contrary to the principle of the presumption of innocence**. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Como puede leerse las palabras “conveniencia” y “presunción de inocencia” se transformaron en la principal piedra de tranca que impediría que CNUCTISS consagrara 15 años antes que UNCAC el *comiso* autónomo. Resultó “escandalosa” para la mayoría de los expertos del grupo de examen en 1988, que se encargó de revisar pormenorizadamente el proyecto de CNUCTISS elaborado en 1987, que pudiera existir un “(...) *comiso sin haber condena ni enjuiciamiento, ya que el derecho a la propiedad era un derecho fundamental garantizado por la Constitución y la legislación nacional* (...)” (párrafo 101).

Como observaremos más adelante, la única innovación como antecedente que finalmente quedaría plasmada en la CNUCTISS, sería la introducción de la prueba indiciaria, mecanismo fundamental del *comiso* autónomo reconocido por todas las legislaciones y las diferentes concepciones doctrinales que lo han estudiado.

¹³⁵ Aprobado en documento E/CN.7/1988/2 (Part. II) de fecha 23 de octubre de 1987.

B. *La Convención de Palermo de 2000 sobre Delincuencia Organizada*

La segunda convención en orden cronológico, que marca el compás en la lucha contra la delincuencia económica, es la denominada CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA TRASNACIONAL, la cual, se celebró en la ciudad de Palermo en 2000¹³⁶. Es la primera de las Convenciones producto de la Declaración del Milenio (Septiembre de 2000), como carta de navegación para los retos propuestos en el siglo que recién comenzaba. KOFI ANNAN, en relación al texto de Palermo establecería:

“(…) Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (…)”¹³⁷

El texto es rico en cuanto a la renovación conceptual en la materia abordada, introduciendo concepciones muy novedosas en cuanto al blanqueo o lavado de activos producto del delito. Sobre el *comiso*, regula la figura tradicional del *comiso* directo en varios de sus artículos (12, 13 y 14), apenas introduciendo novedad o elemento por el cual pudiéramos hablar de sus variantes novísimas como el autónomo. Lo importante de Palermo 2000 es la toma de conciencia global sobre estos delitos, sobre la cada vez más tecnificada capacidad de las organizaciones criminales en conquistar espacios territoriales y sociales.

C. *La Convención de Mérida de 2003 contra la Corrupción*

La tercera de las Convenciones es la denominada coloquialmente *Convención de Mérida*¹³⁸, aunque oficialmente es la CONVENCIÓN DE LAS

¹³⁶ Aprobada en la Resolución de la Asamblea General de la ONU (A/RES/55/25) de fecha 15 de noviembre de 2000.

¹³⁷ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Ediciones de las Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. III.

¹³⁸ Suscrita en la ciudad de Mérida, Península del Yucatán, México, en fecha 31 de octubre de 2003. Sobre los antecedentes, véase VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. 2018, *La lucha contra la corrupción en la agenda internacional: algunas reflexiones sobre el ámbito y contenidos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. En: AAVV. *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, p. 1081-1094. En Venezue-

NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. El documento internacional vinculante, si bien no puede calificarse como el culmen de las iniciativas normativas globales, busca orientar a los legisladores nacionales para introducir nuevas tendencias del tema debatido internacionalmente, sea para prevenir o reprimir¹³⁹.

Nunca podría concebirse las regulaciones de los tratados para ser copiados íntegramente por nuestros legisladores, ya que, el proceso de adopción y conversión en derecho interno implica muchas veces polémicas como las que trae consigo el *comiso* autónomo que ya mencionamos sobre la presunción de inocencia, o bien, la relativa a la consolidación del derecho propiedad en el caso de la *extinción de dominio*. Por otra parte, la técnica de elaboración de estos Convenios busca una cooperación activa entre los Estados para no sólo adoptar figuras como la *extinción de dominio*, sino también, para su análisis y actualización periódica como los niveles de implementación¹⁴⁰.

Sin embargo, a efectos históricos, es necesario advertir que si bien UNCAC es un producto acabado, el primer documento normativo vinculante contra la corrupción y que tímidamente muestra la institución del *comiso*, es la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN de 1996. Sus antecedentes se remontan en la *Cumbre de Presidente de las Américas*, celebrada en Miami en diciembre de 1994. El proyecto de Convención fue presentada por el gobierno venezolano, en ese entonces, presidido por el Doctor RAFAEL CALDERA (1994-1999). El documento presentado por Venezuela sería estudiado durante 1995 hasta lograr los consensos para su aprobación definitiva y final en 1996¹⁴¹.

la, véase VARGAS, E. “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las convenciones de la OEA y ONU”, *Nueva Sociedad*, n° 194, 2004, p. 133-148. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Acción mundial contra la Corrupción. Los documentos de Mérida*, Viena, 2005, Naciones Unidas.

¹³⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. 2018, *Ob. cit.*, p. 2173.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. 2018, *Ob. cit.*, p. 2174.

¹⁴¹ Sobre los detalles de los orígenes de la Convención Interamericana contra la Corrupción, véase BENITO SÁNCHEZ, C.D. “Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción”, *Iustitia*, n° 6, 2008, p. 12-15. También, véase VARGAS, E. “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacionales. Las convenciones de la OEA y de la ONU”, *Nueva sociedad*, N° 194, 2004, p. 133-148.

La Convención Interamericana a la que hacemos alusión en el párrafo precedente, contempló la figura del *comiso* dentro del dispositivo relativo a las medidas sobre bienes, no incorporando un dispositivo preciso para tal fin. El citado artículo XV de la Convención establece:

“(…) **ARTÍCULO XV.** Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El **Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso**, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales **bienes o productos de acuerdo con su propia legislación**. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

La Convención fue el primer instrumento que buscó otorgarle un carácter internacional a la lucha contra la corrupción, pero, como indica ROJAS PICHLER¹⁴²:

“(…) El valor indiscutible de la convención radica en que recoge un importante listado de medidas preventivas de carácter no penal dirigidas a los funcionarios para el correcto desempeño de sus cargos públicos entre las que se destacan normas de conducta funcionariales, declaraciones patrimoniales de bienes y rentas, sistemas de contratación de bienes y servicios, controles contables; y por otro lado, se centra fundamentalmente en la definición uniforme de los actos de corrupción en la medida de lo posible con criterios claros, todo ello, para la persecución efectiva de estos hechos. Sin embargo, la corrupción con-

¹⁴² ROJAS PICHLER, P.A. “El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción”, *Revista Penal México*, nº 7, 2015, p. 217-240.

templa en la CICC es exclusivamente aquella que tiene lugar en la función pública, es decir, se enfoca a la corrupción pública, no abordando la corrupción en el sector privado. (...)”¹⁴³ (Negrillas y subrayado nuestro)

Este antecedente normativo, sólo aplicable en las Américas, sería emulado en otros continentes y a nivel global. Por ejemplo, la CONVENCIÓN DE LA UNIÓN AFRICANA PARA PREVENIR Y COMBATIR LA CORRUPCIÓN, adoptada por la Unión Africana el 11 de julio de 2003¹⁴⁴, concibe prácticamente la misma estructura que la Convención Interamericana, resaltando el tema del *comiso*¹⁴⁵.

Vistos estos antecedentes continentales, es menester detenernos en la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC 2003). Ésta contempla en su artículo 54 el *comiso autónomo como fórmula de invitación*, donde resalta, la expresión “decomiso de esos bienes sin que medie una condena”. Así, el tenor del dispositivo quedó:

“(…) Artículo 54. Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso.

1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

(...) Omisis (...)

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el **decomiso de esos bienes sin que medie una condena**, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. (Negrillas y subrayado nuestro) (...)”

Esta consagración, suscrita por España, Colombia, México, El Salvador, otros países, y también por Venezuela, permite la otra arista que fundamenta la incorporación del *comiso* autónomo aún si nuestras legislacio-

¹⁴³ ROJAS PICHLER, P.A. *Ob. cit.*, 2015, p. 223.

¹⁴⁴ Adoptada en la ciudad de Maputo, Mozambique. También conocida como la *Convención de Mozambique*. Véase ROJAS PICHLER, P.A. *Ob. cit.*, 2015, p. 233.

¹⁴⁵ Artículo 16 de la Convención Africana contra la Corrupción.

nes o tenores constitucionales se opongan. Inclusive, si asumimos la figura de la *extinción de dominio*, que es una manifestación latinoamericana del comiso autónomo, también encontraría asidero en UNCAC 2003.

Es artículo es enfático en calificar que nuestros Estados deben otorgar todas las medidas que “sean necesarias para permitir” el **decomiso sin condena**. La fórmula es un *numerus apertus*, que deja en la ponderación legislativa estatal, las diversas maneras cómo debería operar la figura.

Sobre el particular RODRÍGUEZ GARCÍA¹⁴⁶ otorga importancia a las previsiones del artículo 54 de la UNCAC, en razón que los delincuentes procuran con frecuencia ocultar el producto, los instrumentos y pruebas del delito en más de una jurisdicción, aprovechando la máxima movilidad que otorga los medios de transporte y las ventajas informáticas de nuestros días.

Es por ello, que muchas veces, quedaban congeladas las investigaciones por hechos de corrupción, en razón que, el principal o principales sindicados habían huido hacia otras jurisdicciones donde ni siquiera exista convenio de extradición. Ese “congelamiento” impedía aplicar el *comiso*, al ser este último calificado como una pena o accesoriedad, según sea el país; puesto que, era requisito *sine qua non* la sentencia definitiva de condena penal.

En segundo término, revisando con detenimiento el literal c) del numeral 1 del artículo 54 *ejusdem*, encontramos también el fundamento para extender hacia terceros el *decomiso de bienes*. Conocidos muchas veces estos con motes como “testaferros”, “emisario”, “intermediario”, “tapadera” o “protector” y otros tantos en la jerga propia de la delincuencia económica¹⁴⁷; casi siempre los bienes y ganancias terminan en patrimonios de terceros.

En tercer término, el precepto internacional tantas veces mencionado abre la posibilidad para que en el proceso de ponderación¹⁴⁸ por los legis-

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Ob. cit.*, 2018, p. 2179.

¹⁴⁷ MARCH POQUET, J.M. *Ob. cit.*, 2017, pp. 276-277.

¹⁴⁸ Sobre el tema de la ponderación de bienes e intereses por el legislador, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000. PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *El riesgo permitido en el Derecho penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia e Interior-Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, p.

ladores nacionales, estimen otros bienes o intereses jurídicos protegidos en la aplicación del *comiso* sin condena penal, o bien, en pudieran llamarlo *extinción de dominio*. Lo importante que se deriva de la cláusula bajo análisis, son las poliédricas versiones del *comiso*, autorizándose metodológicamente la asunción de disímiles naturalezas jurídicas como en efecto explicaremos más adelante. Hoy por hoy, sostener que el *comiso* tenga una sola naturaleza, así como contraponerlo con la *extinción de dominio*, es negar de plano los avances que ha traído consigo estos instrumentos internacionales.

De esta forma, la UNCAC abre las puertas para que el *comiso* supere su genética originaria basada en la pena, que ha sido la fortaleza pero también la principal limitante de este señero pero efectivo instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, y más específicamente, contra la corrupción.

3. *Otros Convenios internacionales conexos: La Directiva 2014/ 42/UE del Parlamento Europeo sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del Delito. Los antecedentes de los Convenios Civil y Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa*

En razón de peso como fuente, además de la UNCAC 2003, CNUCTISS 1988 y CNUCDOT 2000, debemos detenernos en la Directiva 2014/42/ de la Unión Europea (en adelante 2014/42/UE), relativa a la investigación en materia penal. Además, revisaremos el CONVENIO CIVIL SOBRE LA CORRUPCIÓN¹⁴⁹ y el CONVENIO PENAL DE LA CORRUPCIÓN¹⁵⁰, ambos, del Consejo de Europa por ser instrumentos unificadores de terminología y otras estrategias asumidas por el espacio comunitario.

Europa, como señala RODRÍGUEZ GARCÍA, se ha transformado en un gran laboratorio de integración penal de bloque, donde, más allá de revisar y poner en práctica novedosas formas para enfrentarse al crimen por vía legislativa-punitiva (sustantiva y adjetiva), también lo experimenta a

483 y ss. GARCÍA FIGUEROA, A.J. *Neoconstitucionalismo y ponderación*, en: *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 73-97.

¹⁴⁹ *Convenio Civil sobre Corrupción*, nº 174 aprobado por el Consejo de Europa. Dicho Convenio fue ratificado por España e incorporado según lo aparecido en el BOE nº 78 de fecha 31 de marzo de 2010.

¹⁵⁰ *Convenio Penal sobre la Corrupción*, nº 173 aprobado por el Consejo de Europa. Dicho Convenio fue ratificado por España e incorporado según lo aparecido en el BOE nº 182 de fecha 28 de julio de 2010.

nivel orgánico¹⁵¹ y conciliatorio para una política criminal común de los ahora 27 países miembros.

El documento normativo comunitario aborda de forma monográfica la temática del *comiso*, estableciendo un horizonte sobre su regulación que España lo cumpliría en 2015. En Europa no se acepta el término *extinción de dominio*, en razón que ésta última no es creación del viejo continente, sino, exclusivamente latinoamericana. Sin entrar a revisar las peculiaridades jurídicas en materia comunitaria, vamos a resaltar los siguientes aspectos que la Directiva trae consigo y que coadyuvan en la fundamentación del objeto de estudio del presente ensayo.

En primer lugar, la Directiva comienza por dilucidar una inquietud que nos ha agobiado desde el momento en que comenzamos a investigar sobre la temática del *comiso* en el contexto del Derecho penal económico; como es la *preocupación por el desorden lingüístico* operado en los vocablos “comiso” y “decomiso”, el cual, desarrollaremos más adelante. El artículo 2.4 de 2014/42/UE comienza por precisar unas definiciones, que en la versión española del DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (DOUE)¹⁵², escrupulosamente indica como “*decomiso*” en los siguientes términos:

“(…) 4) <<decomiso>>: la privación definitiva de un **bien por un órgano jurisdicción en relación** con una infracción penal (...)” (Negritas y subrayado nuestro)

Resaltamos que la disposición es enfática en determinar que si bien existe una relación del *decomiso* con un pronunciamiento jurisdiccional relativo a la una infracción penal, no emplea la palabra “*como consecuencia*”, sino “*en relación*”. Esta redacción abre las puertas para concebir el *decomiso* autónomo en materia de enjuiciamiento penal, específicamente contra la delincuencia económica, sin que exista una condenatoria penal previa.

Es capital verificar el uso de la expresión “en relación”, ya que, abre las puertas para fundamentar o dilucidar las controversias sobre si es posible concebir un *comiso* totalmente autónomo –y por ende más cercano a la naturaleza patrimonial que a la penal tradicional– frente a quienes en-

¹⁵¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Ob. cit.*, 2018, p. 2184.

¹⁵² *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº L. 127 de fecha 29 de abril de 2014.

cuentran oposición para tal operación; así como, otorga suficiente respaldo para su ampliación subjetiva como afirma RAMÓN RIBAS¹⁵³.

Para el caso venezolano, si bien no es aplicable por sus diferentes ámbitos y objetos, puede ser una guía que facilite al legislador nacional parámetros en su definición, que si bien, como esgrime la teoría del Derecho tradicional que las leyes no están para definir; ante la confusión no estaría mal precisar alcances del nuevo vocablo.

En segundo lugar, si bien la Directiva aborda la tradicional forma del *comiso* directo, introduce la figura del decomiso ampliado en los siguientes términos:

“(…). **Artículo 5. Decomiso ampliado**

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal que directa o indirectamente pueda dar lugar a una ventaja económica, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos **y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada, que el bien de que se trata procede de actividades delictivas.** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El artículo transcrito nos introduce en otro eje temático imprescindible para la precisión del *comiso* autónomo en el futuro venezolano, o bien, si nos decantamos por la institución de la *extinción de dominio*, y tiene que ver con el régimen probatorio y la ponderación de los indicios y presunciones¹⁵⁴, que la CNUCTISS, la CNUCDOT y la UNCAC abordan de forma expresa.

En los casos para los delitos económicos, debe necesariamente ser presunciones de ley y no *hominis*, pues, no puede dejarse sobre las facultades del juez semejante poder probatorio y hermenéutico, puesto que, pudiéramos reproducir, como expone en materia anticorrupción, la famo-

¹⁵³ RAMÓN RIBAS, E. “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria”, *Estudios penales y criminológicos*, N° XXIV, 2002-2003, p. 528-529.

¹⁵⁴ Artículo 1394 del Código Civil venezolano: “Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer uno desconocido”.

sa ECUACIÓN DE KLITGAARD en la teoría del AGENTE¹⁵⁵ para trasladarla del funcionario de las administraciones públicas al funcionario judicial.

Finalmente, la Directiva nos trae a colación la presencia de los terceros que muchas veces ni siquiera son partícipes de los hechos de corrupción o narcotráfico, mucho menos en organizaciones criminales transnacionales; pero, que por cualquier circunstancia, terminan facilitando a la delincuencia cauces para asegurarse que los bienes obtenidos por el delito sean aprovechados. En efecto, el artículo 6 2014/42/UE dispone:

“(…). *Artículo 6. Decomiso de bienes de terceros*

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el **decomiso de productos del delito u otros bienes cuyo valor corresponda a productos que, directa o indirectamente, hayan sido transferidos a terceros por un sospechoso o un acusado, o que hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o acusado**, al menos cuando esos terceros tuvieren o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso, basándose en hechos y circunstancias concretas, entre ellas la de que la transferencia o adquisición se haya realizado gratuitamente o a cambio de un importe significativamente inferior al valor del mercado (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El texto facilita una nueva fundamentación para el *comiso* autónomo en razón que la terminología empleada es de “sospechoso o acusado”, es decir, no requiere la existencia de una persona efectivamente condenada. Así, una de las posibles variantes del *comiso* autónomo, –guiada por la experiencia comunitaria europea– es su claro direccionamiento hacia terceros, que, al verificarse una serie de presunciones legales tipificadas con precisión por el legislador sin que otorgue margen para interpretaciones variables; suministraría la desposesión y privación propietaria sobre el bien o los bienes producto o consecuencias de cualquiera de los delitos contra la corrupción, blanqueo de capitales, narcotráfico.

¹⁵⁵ La ecuación es $C = M + D - A$, que implica, **Corrupción (C)** es igual a **monopolio de la decisión (M)** más **discrecionalidad (D)**, menos, **rendición de cuentas (A)**. Para más detalles, véase Fernando JIMÉNEZ SÁNCHEZ. *El olvido de los determinantes socio-políticos de la corrupción y el fracaso de las reformas anticorrupción*, Programa del master en línea de Políticas Anticorrupción, Tirant lo Blanch formación-Universidad de Salamanca, 2019, p. 3-4.

En relación a los Convenios Civil y Penal sobre la corrupción aprobadas por el Consejo de Europa en 1999, resaltamos tres aspectos que serán cardinales para comprender no sólo el *comiso* devenido en *comiso* autónomo, sino también, lo vinculado a los denominados “Acuerdos Corruptos” que estudiaremos más adelante como una manera de explicitar racionalmente lo que ocurre con la actividad racional de la corrupción.

En primer lugar, del Convenio Civil hay que resaltar la fundamentación que nos otorga para fortalecer la tesis del Estado como víctima y la posibilidad de intentar acciones contra los propios Estados que conforman la Unión Europea si aquéllos no determinan acciones y mecanismos contundentes contra la corrupción. Puede verificarse este razonamiento de los artículos 3 y 5, a saber:

“(…) Artículo 3. Indemnización por daños.

1. Cada Parte dispondrá en su derecho interno que las personas que hayan sufrido daños resultantes de un acto de corrupción tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño.

2. Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales, el lucro cesante y los daños no patrimoniales (…)”

Es una cláusula que pudiera en un futuro servirnos para establecer un mecanismo de pedagogía ciudadana, en la cual, no sólo el problema de la corrupción está vinculado con el representante, sino, también le incumbe al agente, que en este caso es la ciudadanía.

En segundo lugar, del Convenio Penal hay que destacar el reconocimiento del *comiso* a secas, es decir, sin incluir ningún predicado. Específicamente en los artículos 13 y 23, otorgándole a cada Estado cosuscribiente potestades para que pueda dentro de sus respectivas políticas criminales, incluir figuras novedosas del *comiso*, sin que se alegue el obstáculo histórico, tal y como lo comentamos cuando los grupos creadores de la CNUCTISS, relativo a la presunción de inocencia o los derechos fundamentales relacionados a la propiedad. Citamos al respecto:

“(…) Artículo 13. Blanqueo del producto de delitos de corrupción.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, los actos mencionados en el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los pro-

ductos del delito (STE nº 141), en los párrafos 1 y 2 del artículo 6, en las condiciones previstas en el mismo, cuando el delito principal consista en uno de los delitos tipificados de conformidad con los artículos 2 a 12 del presente Convenio, en la medida en que la Parte no haya formulado reserva o declaración con respecto a dichos delitos o no los considere delitos graves a efectos de la legislación relativa al blanqueo de dinero (...)"

Artículo 23. Medidas encaminadas a facilitar la recogida de pruebas y la confiscación de los productos.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias, incluidas las que permitan la utilización de técnicas de investigación especiales conforme a su legislación nacional, para facilitar la recogida de pruebas relativas a los delitos tipificados de conformidad con los artículos 2 a 14 y para permitirle identificar, rastrear, bloquear y **decomisar los instrumentos y productos de la corrupción o bienes cuyo valor corresponda a dichos productos**, que puedan ser objeto de medidas establecidas según el apartado 3 del artículo 19 del presente Convenio.

2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para facultar a sus tribunales o demás autoridades competentes para que ordenen la comunicación o la incautación de expedientes bancarios, financieros o comerciales con el fin de poner en práctica las medidas contempladas en el apartado 1 del presente artículo.

3. El **secreto bancario no deberá constituir un obstáculo** para las medidas definidas en los apartados 1 y 2 del presente artículo (...)" (Negrillas y subrayado nuestro).

El Convenio es enfático en señalar que no puede alegarse como condicionante de la soberanía de cada Estado, el tema del secreto bancario. Es quizá un gran avance en la construcción de estos instrumentos y mecanismos propios para perseguir la delincuencia económica.

En tercer lugar, las normativas internacionales o comunitarias abordadas nos aportarán herramientas para superar polémicas propias del *comiso* autónomo (también extendible a la noción de *extinción de dominio*) casi todas, circunscritas a cuatro (04) problemas colaterales que conlleva su materialización:

PRIMERO: *La confrontación directa con las garantías constitucionales derivadas del Derecho penal, más específicamente, del Derecho penal clásico.*

SEGUNDO: *Las garantías sobre la presunción de inocencia y sus tensiones con la búsqueda del origen de la titularidad de los bienes objeto del comiso autónomo.*

TERCERO: *El régimen probatorio basado en indicios con los cuales los jueces verifican presunciones. Y,*

CUARTO: *La necesaria superación de una cultura constitucional basada en concepciones clásicas.*

Superar estos problemas colaterales requerirá de cada operador del sistema jurídico la renovación conceptual sobre las bases del modelo de Derecho penal presente. Por ello, explicaremos en el próximo capítulo, las claves de lectura para superar precisamente estos escollos concretados por el propio clima garantista del Derecho de posguerra.

CAPÍTULO SEGUNDO:

**EL FUNDAMENTO TEÓRICO PARA LOS CAMBIOS EN
LOS DELITOS ECONÓMICOS: LA TESIS DEL DERECHO
PENAL A DOS VELOCIDADES EN EL MARCO
DE LA GLOBALIZACIÓN**

Visto todo lo relativo al marco jurídico-internacional de la lucha contra la delincuencia organizada en el capítulo primero, es necesario detenernos en los fundamentos teóricos. No basta que se alegue transformaciones en la ingeniería propia de la institución del *comiso* o su versión latinoamericana de la *extinción de dominio* sólo porque ha sido determinado así por los tratados y convenios internacionales.

Es necesario también conocer el clima cultural que ha conllevado aceptar convencionalmente estos cambios, los cuales, tienen sus raíces en concepciones doctrinarias y elucidaciones teóricas que –*von zeit zu zeit*– impactan en las estructuras de los legisladores y quienes llevan las riendas del Estado, sea en las administraciones públicas o el poder judicial. Así, consideramos para fundamentar nuestra tesis de la trasmutación del *comiso* en múltiples naturalezas jurídicas, dos construcciones teóricas de impacto: *la globalización* y la denominada *teoría del Derecho penal a dos velocidades*.

I. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL TRADICIONAL

La sociedad del riesgo global y globalización marcarán como fenómenos más influyentes, desde finales del siglo XX, toda creación humana. Es una sociedad impulsada por nuevos procesos homogeneizadores,

desestatizadores y por sobre todo, identitarios, que gráficamente se traduce en el término *nacionalismo planetario*¹⁵⁶.

Esto nos conlleva a la elaboración de una globalización que no toma partido sobre la conveniencia moral o ideologías.

La globalización identitaria, encuadra en la figura de la intersección donde coloca a los mundos físicos y electrónicos en una misma convivencia y multidisciplinariedad sin que ellos se confundan. La intersección responde a los conceptos de unir y dividir al mismo tiempo. Une caminos y establece direcciones. Une espacios y los divide. Como bien lo explicita SARASQUETA, en el modelo global se fundamenta “(...) *no sólo lo que conocemos, sino en su relación con lo que ignoramos (...)*”¹⁵⁷.

Con el pensar globalizado ocurre un cambio o transformación en la escala de la organización humana. El proceso enlaza comunidades distantes y expande el alcance de las relaciones de poder y del Derecho a través de regiones y continentes¹⁵⁸. Al abordar el cambio como concepto aplicado a la organización humana, hacemos alusión directa al tema identitario. Es punto conteste dentro de la literatura sobre la globalización, referirse a las transformaciones que aparece el fenómeno.

Las transformaciones van dirigidas hacia las estructuras sobre las cuales se ha cimentado tradicionalmente la sociedad, el Derecho y los meca-

¹⁵⁶ Sobre la globalización y su impacto, véase SOROS, G. *Globalización*, Editorial Planeta, Barcelona, 2002. BAUMAN, Z. *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1999, BRÜNNER, J. J. *Globalización y postmodernidad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1998, CASTELLS, M. *La era de la Información*, Editorial Alianza, Madrid, 2000. GIDDENS, A. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Editorial Taurus, Madrid, 2000. SARASQUETA, A. *Una visión global de la globalización*, Eunsa, Pamplona 2003. HELD, D. y MCGREW, A. *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2003. FERNÁNDEZ-ARMESTO, J. “La globalización, un fenómeno a gobernar”, *Razón y fe*, Tomo 238, 1998. CONILL, J. “Globalización y ética”, *Razón y fe*, Tomo 243, 2001. ROBERTSON, R. *Globalisation or Glocalisation?*. En: ROBERTSON, R. y WHITE, K. *Globalisation. Critical concepts in Sociology*, Routledge, Londres 2003. SEBRELL, J. J. “Globalidad y localismos, dos mitos hoy”, *Cuadernos Hispanoamericanos*, nº 612. 2001.

¹⁵⁷ SARASQUETA, A. *Ob. cit.*, 2003, p. 12.

¹⁵⁸ HELD, D. y MCGREW, A. *Ob. cit.*, 2003, p. 13.

nismos punitivos del Estado¹⁵⁹, que desde el siglo XVIII hasta el XX, su molde exclusivo ha sido el Estado-Nación¹⁶⁰.

Y será esa relación entre ciudadanía, Poder Público e identidad nacional la que construirá las bases del pensar jurídico moderno¹⁶¹, que es en sí lo que parece quebrarse por otros moldes que trae la globalización.

Al tomar como referencias identitarias otras hormas diferentes al ESTADO-NACIÓN, fenómenos como la corrupción y otros vinculados a la delincuencia organizada asumen un cariz no conocido hasta entonces porque también se tramsutan hasta observar otras patologías y dimensiones nunca vista en la historia institucional de cualquier país, salvo, los denominados *Estados-Fallidos*, donde precisamente, la criminalidad ha sido un ingrediente para su construcción.

En el caso del terrorismo y narcotráfico, se viven capítulos de verdadera delincuencia internacional, más en los relacionados a la corrupción, la tecnificación de las formas para violentar los caudales públicos dependerá de la interconexión entre banca, tecnología, personas con conocimiento en negociación y formas para eludir controles preceptivos y posteriores a las Administraciones Públicas. Hablar de globalización en la criminalidad no es en sí una internacionalización de ciertos tipos delictivos, sino, *una forma global de manifestaciones y esquemas criminales nunca vista antes por los Estados y sus sociedades*.

Esto obliga a todos los Estados y a las organizaciones supraestatales, abordadas en el capítulo primero, elucidar mecanismos que faciliten la lucha contra esa forma criminal que va más allá del Estado-Nación, que al verse rebasadas, se les tensa más exigentes¹⁶² para que adopten formas y estructuras eficientes más de prevención que de represión punitiva. La globalización así como ha favorecido la expansión de nuevos riesgos y ha

¹⁵⁹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 18.

¹⁶⁰ Véase GIDDENS, A. *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1997, p. 28-51.

¹⁶¹ MASSINI, C.I. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980, p. 10-21.

¹⁶² AGUADO CORREA, T. “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2014, p. 38.

maximizado la sensación de inseguridad¹⁶³, también autoriza a los Estados para emplear otros moldes socio-jurídicos diferentes a los devenidos por el principio de soberanía estatal, sea cual sea sus versiones.

Estos nuevos moldes globalizadores tensan la tradición en las diferentes ramas del Derecho, siendo el Derecho penal, una de las que más ha debido responder a nuevos cuestionamientos sociales si partimos que se han extinguido casi todos los puntos de referencia valóricos elementales entre lo que es el “bien” y lo que es el “mal”. Como indica SILVA SÁNCHEZ, allí ante la desaparición fronteriza entre la polaridad, es cuando el Código Penal asume protagonismo inusitado sustituyendo esos referentes erosionados o erradicados¹⁶⁴.

La globalización, al momento de cerrar estas líneas, presenta una de sus pruebas más difíciles. El confinamiento por la COVID-19 durante los meses de marzo hasta julio de 2020, y el reconfinamiento a raíz de los rebotes desde mediados de septiembre de 2020, aunado al parón económico que genera la paralización completa y sistemática de la economía en un contexto creciente de proteccionismo y guerra comercial; nos coloca en un reposicionamiento sobre el futuro de instituciones como el *comiso* autónomo.

Si estamos en franco retroceso, replegándonos hacia el interior de las fronteras estatales como todo parece apuntar, entonces, es necesario guardar la suficiente distancia para evitar que este contexto nos reduzca y nos retroceda a los tiempos donde las políticas criminales estatales definían todo.

II. LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL A DOS VELOCIDADES Y SU INFLUENCIA EN LAS NUEVAS FORMAS PARA ENFRENTAR A LA DELINCUENCIA ECONÓMICA INTERNACIONAL

Como observamos en las líneas precedentes, han sido las transformaciones y políticas criminales transnacionales las que sí o sí han obligado a los Estados a dejar a un lado las comodidades propias que conlleva el ejercicio de la soberanía estatal. Esta sobredimensión si bien se manifiesta en los tratados y convenciones internacionales en materia penal –tiene su raíz a nuestro juicio– en la *teoría de la expansión del Derecho*

¹⁶³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 15.

¹⁶⁴ SILVA SANCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 60.

penal, en el cual, éste último, ante las nuevas realidades delictivas, los nuevos intereses, bienes jurídicos y deterioro de las realidades tradicionales, debe dar respuesta efectiva con evidentes sacrificios epistemológicos.

Como indica SILVA SÁNCHEZ, no puede tomarse con descuido o fanatismo los fenómenos expansivos de las esferas del Derecho penal, pues, también implicaría otorgarles funciones que no debe cumplir jamás¹⁶⁵, como es la de cohesionar una sociedad con el miedo a la sanción o gestionar intereses colectivos –tutela de bienes jurídicos– que más bien le corresponden al Derecho administrativo. Si bien es cierto existe un consenso en afirmar la expansión del Derecho penal, éste fenómeno debe circunscribirse a límites racionales o direcciones que más bien consoliden el desarrollo de la materia y vayan profundizando en aquellos conceptos e instituciones que han sido eficientes y eficaces en la lucha contra el crimen. De lo contrario, estaríamos entrando en una etapa de la historia humana que reeditaría la forma más sutil de *represión al disenso* y a todo aquel que decida abiertamente enfrentar un *status quo* perverso instaurado.

La aparición del *comiso* autónomo, o bien con otros nombres como *extinción de dominio* que no requieren de un pronunciamiento judicial-penal condenatorio *a priori* para su sustanciación y procedencia; no ha sido acogido con el beneplácito absoluto de la doctrina y la jurisprudencia, pues, a simple vista luce una evidente relativización de los principios de garantías y reglas de imputación que más de dos siglos costó en imponerse en la dogmática penal. Es más, cuando ha habido un desbordamiento de la figura, como apunta SANTANDER, se:

“(…) transforma en un **instituto multipropósito del cual se abusa** para incautar bienes que pueden cumplir diferentes funciones dentro de un proceso penal, convirtiéndolo en un instrumento multifuncional de efectos omnicomprendidos lo cual constituye una mala práctica que produce inseguridad jurídica (...)”¹⁶⁶ (Negritas y subrayado nuestro)

¹⁶⁵ SILVA SANCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 51-54.

¹⁶⁶ SANTANDER ABRIL, G. *La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado*. En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 5^{ta} edición, Washington D.C., 2017, p. 431.

Esta advertencia es clara al momento de aplicar este novedoso mecanismo contra la delincuencia económica, más sin embargo, encontramos precisamente en la tesis expansiva del Derecho penal, el más acabado fundamento teórico para adoptarlo en aquellos Estados donde las Constituciones expresamente han señalado el camino para su aplicación, como de suyo, aparece erróneamente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente (1999) en sus artículos 116 y 271 como explicaremos con más detenimiento en el capítulo quinto del presente ensayo.

SILVA SÁNCHEZ precisa la expansión del Derecho penal en su formulación teórica conocida como las “dos velocidades”¹⁶⁷, para que de esta manera, no se erosionen los principios garantistas básicos globalmente aceptados, ni se flexibilicen las reglas de imputación o la relajación absoluta de las garantías político-criminales sustantivas y adjetivas¹⁶⁸. En su teoría, SILVA expresa a título de grave advertencia que no debe expandirse el *Derecho penal de la pena privativa de libertad*, por cuanto, es precisamente esta modalidad clásica la que debe ser contenida y reducida a determinados ilícitos penales que protegen bienes jurídicos de naturaleza individual, en principio¹⁶⁹. Para evitar este desbordamiento que tarde o temprano desembocaría en la instauración de la arbitrariedad de los denominados y superados “estados de policía” (*Polizeistaat*)¹⁷⁰, crea las categorías de las *dos velocidades*.

La primera velocidad es el *Derecho penal de la cárcel*, de la privación de libertad como prioridad. Sobre éste –ratifica el autor– habría que mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, pues, no puede el Estado dar la espalda a la demanda social de punición razón por la cual habría que fortalecer los espacios que ocupa esta primera velocidad, reduciendo sus ámbitos¹⁷¹.

La segunda velocidad, centra su atención en los delitos *que no comportan privativa de libertad*, sino, otras penas que conllevan a la priva-

¹⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 95-96.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 83.

¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 169.

¹⁷⁰ Véase las explicaciones sobre el “estado de policía” en MERKL, A. *Teoría general del derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 25-44.

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 183.

ción de otros derechos de naturaleza patrimonial¹⁷². En esta segunda categoría, es donde se fundamenta el Derecho penal económico, que por sus características no limitantes de la libertad individual, es donde cabe la “flexibilización controlada” de las reglas de imputación, los principios políticos-criminales y cualquier otro elemento que implique desvirtuar la presunción de inocencia.

En esta velocidad, se canalizaría el proceso de expansión del Derecho penal, en razón que existe una delincuencia patrimonial profesionalizada –sobresaliendo la corrupción– que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado¹⁷³. Si en el pasado se hablaba que el Derecho penal era el brazo armado de las clases poderosas (sistémico), en el siglo XXI, luce una suerte de cambio o giro pendular, siendo entendido entonces como el brazo armado contra la criminalidad de los poderosos, potenciada ésta última por la propia globalización como advertimos.

De esta forma, la globalización transforma al Derecho penal de segunda velocidad en un instrumento más pragmático para combatir la criminalidad –que también se transforma en esencialmente económica¹⁷⁴–, puesto que, al no estar en juego la libertad sino otros bienes jurídicos, facilita a los Estados la capacidad judicial para enfrentar una criminalidad económica refinadamente racional y con poder suficiente para burlarse de todas las instituciones de dichos Estados hasta sobrepasarlos.

Se ha demostrado que las garantías del Derecho penal clásico pueden transformarse en un obstáculo para combatir eficazmente la delincuencia económica, puesto que, al requerirse decisiones judiciales vinculadas con una sentencia condenatoria –como ocurre en el *comiso* tradicional– poco puede rescatarse como bienes productos o efectos de conductas contra el patrimonio público –en razón de algunas argucias procesales o porque los

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 184.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 106, expone: “(...) *El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad. La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación excepcional, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene (...)*” (Cursivas nuestras).

delitos vayan más allá de los paradigmas clásicos penales— que impedirían esta condenatoria, y por ende, sabotada cualquier iniciativa de *comiso* directo. Así, podrían configurarse lo que SILVA denomina “paraísos jurídico-penales”¹⁷⁵, en alusión a aquellos Estados que sólo poseen en su legislación penal, conceptos de la dogmática clásica.

Si bien es cierto la doctrina sigue debatiendo estas teorías, donde se incluye el “Derecho penal del enemigo”¹⁷⁶, lo que sí somos contestes que la fundamentación de nuevas tendencias para enfrentar la criminalidad económica en cualquiera de sus variantes encuentra su asidero teórico en el marco de la globalización y expansión del nuevo Derecho penal no privativo de libertad. Es conteste con advertir sobre ese tránsito de determinados delincuentes que, a sabiendas del daño producido estas manifestaciones delictivas a nivel global, decidan organizarse estructuralmente para tecnificar todavía más este flagelo.

Recapitulando, la teoría del *Derecho penal a dos velocidades* soporta teórica y suficientemente las construcciones que a nivel internacional ha ocurrido con la sobredimensionada y modificada estructura ontológica del comiso directo, el cual, devendrá en el ampliado, el autónomo o también en extinción de dominio. Sabiendo que no responderemos más a un Derecho penal unitario, apegado a sus garantías clásicas, es que podremos hacer más eficaz y eficiente los mecanismos para combatir la delincuencia económica.

El simple hecho que pueda en determinado Estado decomisar los bienes a una persona no condenada, o bien, a terceros, en razón de la concurrencia de supuestos o indicios legalmente establecidos; agrava más las cuentas de la organización criminal que no encuentra la forma de disfrutar de los bienes y recursos extraídos de forma ilegítima y sin causa de las arcas públicas.

¹⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 92.

¹⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 184-185.

CAPÍTULO TERCERO:

**LA TRANSFORMACIÓN DEL COMISO TRADICIONAL
EN AUTÓNOMO COMO FORMA ALTERNATIVA PARA
SANCIONAR DELITOS ECONÓMICOS EN EL
MARCO GLOBALIZADO**

Siguiendo la lógica deductiva del presente ensayo, en el primer capítulo comenzamos por abordar el marco global normativo y operativo de los mecanismos para el combate contra la delincuencia económica y su influencia posterior sobre el *comiso* y la *extinción de dominio*. Aunado a ello, nos referimos también –en el capítulo anterior– al sustento teórico que fundamenta dichos instrumentos internacionales, así como, inspira a las organizaciones supranacionales –más específicamente al sistema de Naciones Unidas– en sus pautas operativas y de acción.

Dilucidado así las pautas más generales, estudiaremos en este tercer capítulo todo lo relativo al universo conceptual del *comiso* directo y su abordaje en los citados tratados internacionales, así como, su transformación individualizada en las nuevas modalidades de *comiso* sea cual sea el vocablo más aceptado por países o regiones (*Vgr.* autónomo, sin condena, etc). En este punto no analizaremos lo relativo a la *extinción de dominio*, puesto que, en los citados documentos internacionales el vocablo consolidado es *comiso*.

Aunque debemos advertir, previamente, que si bien la mayor parte de las construcciones teóricas sobre el *comiso* autónomo responden más hacia los delitos de corrupción, no obsta para su aplicación en otras manifestaciones de la criminalidad económica, como es el caso del lavado de activos producto del narcotráfico o de organizaciones terroristas o mafiosas.

1. EL COMISO TRADICIONAL Y SUS IMPLICACIONES EN LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

La institución del *comiso* tradicional –o también denominado *directo*– es de larga data en el Derecho penal y administrativo como indicamos, mucho antes que la aparición de la *extinción de dominio*. Su asimilación en las legislaciones latinoamericanas ha sufrido, en su acepción habitual, modificaciones en cuanto a su definición, pues, desde los inicios republicanos en Venezuela (1830), su empleo entrañaba caracteres *confiscatorios* muchas veces imbricándose con otros conceptos conexos (*vgr.* confiscación, expropiación, etc.), como consecuencia de la incipiente técnica legislativa de ese entonces que no distinguía ni fronteras epistemológicas ni rasgos lingüísticos propios¹⁷⁷.

En un primer término, debemos otear que el *comiso* lleva una impronta originaria como *pena accesoria*, precisada en los códigos penales español y venezolano, aunque más primigeniamente contemplada en la legislación aduanera grancolombiana. Es una de las penas originales de nuestra legislación punitiva clásica, la cual, a simple vista, fulguraría como de imposible emancipación ontológica y hasta adjetiva al devenir hoy en otras modalidades de *comiso*.

Como lo hemos venido indicando, existe una connotación generalizada en la jurisprudencia conceptual¹⁷⁸, relativa a la fusión casi imperceptible entre el núcleo duro (objeto de estudio) de una rama del Derecho con alguna de sus instituciones. Surge así una suerte de tautología entre objeto científico y manifestaciones autónomas de la rama que marcan con un profundo predicado, para toda su existencia, conceptos, instituciones y procedimientos, e inclusive, como límite¹⁷⁹. Esto lo advertimos en las páginas precedentes.

Así, lo ocurrido con el *comiso* tradicional o también conocido en su acepción como *comiso* directo, en un primer estadio sus vínculos más evidentes se adicionan como patrimonio epistemológico del Derecho penal

¹⁷⁷ HENAO OSPINA, M. “El comiso: análisis de la institución”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, N° 15, 1981, p. 177.

¹⁷⁸ Véase LLOREDO ALIX, L.M. “Rudolf von Jhering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, 2013, p. 234-275.

¹⁷⁹ Al respecto, véase LUHMANN, N. *La ciencia de la sociedad*, Anthropos, Barcelona, 1996.

cuando sus orígenes poseen más enraizamiento con el Derecho administrativo, como ya lo explicamos *ut supra*, al indicar que aparece primigeniamente en las instituciones relativas a las aduanas en nuestras recién fundadas naciones en los albores del siglo XIX.

Lo que subyace del interés del legislador moderno en contemplar el *comiso* tradicional, estriba en ese sustrato ético que implica evitar a toda costa que en determinados hechos punibles comprobados, juzgados y sentenciados; *el condenado no pueda hacer uso ni aprovecharse de bienes que de no haberse cometido el ilícito, era imposible su adquisición por vías legítimas*. En pocas palabras, su sello característico de *accesoriedad* tiene fundamento en un *horizonte ético ejemplarizante*, donde los bienes pasan automáticamente a los caudales públicos para satisfacer intereses generales¹⁸⁰.

1. Orígenes, evolución y universo conceptual definitorio

La doctrina ubica las raíces del *comiso* en el Derecho romano¹⁸¹, en especial, en la denominada “*commissium*” como pena patrimonial por la cual se confiscaba todo o parte del patrimonio de un particular a favor del Estado.

El romanista MOMMSEN¹⁸² hace una revisión sobre el *comiso* como pena accesoria y su posterior conversión hacia una pena autónoma, conviviendo ésta última con la anterior.

¹⁸⁰ Al respecto, véase HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. *La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general*, en: CANÓNICO SANABRIA, A. *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 39-71.

¹⁸¹ GONZÁLEZ NAVARRO, A.L. “El Comiso”, *Revista de Derecho Penal*, n° 42, abril-mayo, 2004, p. 69-70. También, como nota curiosa, véase MONTEMAYOR ACEVES, M.E. “Confiscación de bienes en el “Pro Roscio” de Cicerón y la ley de extinción de dominio”, *Nova tellus: Anuario del Centro de Estudios Clásicos*, N° 5, 2013, p. 43-65.

¹⁸² MOMMSEN, T. *Derecho romano*, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1991, pp. 620-623. Al respecto vale la pena hacer mención a lo expuesto por BIALOSTOSKY, S. 2008, “La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen Repetundarum”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 58, n° 250, pp. 137-154, cuando analiza la *Lex Calpurnia*. Expresa BIALOSTOSKY, p. 142: “(...) Este nuevo tipo de procedimiento [repetición del dinero sustraído ilícitamente] surgió a propósito del *crimen repetundarum* con la *Lex Calpurnia de pecunia repetundis* del 149 a.C., que fue realmente un plesbicito propuesto por el tribuno de la

El Derecho europeo posterior a la caída del Imperio Romano, arrinconó el *comiso* dentro del derecho criminal, como bien lo explica PINO ABAD, donde fue determinante la capacidad patrimonial del agente o victimario¹⁸³. En la medida que se adentraba el renacimiento, la antigua no-

plebe Calpurnio Pisone Fruti, en el cual se instituye la mencionada *quaestio* (...) Cabe resaltar que dicha ley, no fijaba una pena para la concusión; se limitaba solamente a ordenar la devolución de las cosas o su equivalente en dinero. En otras palabras no se trataba de reprimir un delito, sino de obtener **la restitución de lo abusivamente obtenido** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro). p. 144-145: “(...) La respuesta de la comunidad a la rapacidad no se hizo esperar; ésta solicitó al Senado que enviara a sus representantes **y se iniciara la correspondiente investigación y si procedía se restituyera la riqueza así obtenida** (*quarere de pecunis repetundis*). A partir de la mencionada Lex Calpurnia de repetundis (149 a.C.), se iniciaron una serie de *leges repetundarum* y senadoconsultos que fueron adaptándose y dieron respuesta a los diferentes cambios políticos, económicos y morales que se dieron en Roma. Las señalaremos tomando como orden de prelación sus fechas y contenidos: *Lex Acilia repetundarum* (123 a.C.) es una de las *leges repetundae* mas conocidas, debido sobre todo a que se ha conservado en gran parte del texto en una inscripción original. Se le reconoce como *Lex Acilia*, la cual establece una pena pecuniaria del doble del valor del daño causado.

Lex Sempronia iudiciaria (122 a.C.) le otorga a la clase *ecuestre*, entre sus beneficios, el formar parte de los juicios criminales, excluyendo a los senadores de dicha función. *Lex Servilia de repetundis* (111 a.C.); establece penas más severas que las anteriores *leges*. Esta es la primera ley que introduce la pérdida de los derechos políticos (*ius honorum* y *ius suffragii*) como pena por *repetundae*.

Lex Livia iudiciaria (91 a.C.), establece una corte especial (*quaestio*) para juicios contra jueces corruptos por extorsión. *Lex Cornelia de repetundis de Sila* (81 a.C.) al referirse a la extorsión, con leyes aún más severas que las anteriores, aumenta el número de los *quaestores* a 20, y establece nuevas reglas de administración, les prorroga el *imperium* a ex pretores y ex cónsules que habían asumido la gubernatura con la *prorrogatio imperio*.

La *Lex Iulia repetundarum* (59 a. C.) propuesta por César siendo cónsul, es la última y más severa (acérrima) *lex* republicana sobre *repetundarum*. Dicha ley estaba aún vigente en el derecho justiniano. D.48.11 Ulpiano. *Quaen solet an per alium causas. . . quae res in rebus pecuniarius auct rescripta. . .* la que abarcaba cualquier tipo de extorsión en la cual estuviera inmiscuido un funcionario público; incluidos jueces y árbitros, que cometieran todo tipo de falta o violación. En relación con los senadoconsultos referentes al *crimen repetundarum* debe mencionarse al Sc. *Calvisianum de repetundis* (4 a.C.) que establecía el procedimiento penal en los juicios del mencionado crimen en las provincias. (...)”. (Negrillas y subrayado nuestro).

¹⁸³ PINO ABAD, M. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 405.

ción de *venganza privada* se trasmuta hacia un sistema de sanciones públicas donde la confiscación erosiona su sabor originario de compensación privada por los delitos cometidos hacia una tesis moralizante sobre bienestar público por encima de cualquier interés singular de la víctima.

De lo anterior se desprende que el *comiso* no es nuevo en las causas penales y muchos de los antecedentes que hoy lo facilitan, tienen sus raíces en la noción medieval del donadíos (donación a Dios) y han pasado al Derecho moderno a través de la tradición del *common law* inglés. Así nació la pena de confiscación impuesta por la comisión de delitos políticos y de cuya racionalización dimana la concepción contemporánea del *comiso*.

CARRARA, en su clásico estudio, advierte que el *comiso* tras el siglo XVIII, incorpora una de sus facetas características: “ser también medio de represión política”¹⁸⁴, pues, gran parte de los delitos donde la confiscación es pena accesoria por obligatoriedad tiene que ver con aquellos delitos denominados “delitos políticos”¹⁸⁵. En la medida que la legalidad asumía su sitio en la estructura del moderno estado de Derecho, como bien apunta FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, citado por VARGAS GONZÁLEZ¹⁸⁶, el *comiso* y la confiscación asumían cada vez fronteras más nítidas donde éste último, queda relegado hacia tipos marginales; mientras que, el *comiso*, se diversifica hasta asumir rasgos autónomos internacionales como veremos más adelante, o bien, su trasmutación original latinoamericana conocida como *extinción de dominio*.

De esta forma, no queda dudas que la mocedad del *comiso* está vinculada estrechamente, en el contexto romano, hacia la confiscación, pero, en la medida que avanzaba el ideal constitucional del estado de Derecho, sus primigenias características son blanqueadas hasta el punto que hoy exis-

¹⁸⁴ CARRARA, F. *Programa de derecho criminal. Parte general*, Editorial Temis, Vol. II, Bogotá, 1957, p. 130-132.

¹⁸⁵ En los primeros códigos penales venezolanos, se contemplaba la confiscación y comiso de bienes como pena casi obligatoria, en los casos de los denominados “Delitos contra la independencia y seguridad de la nación” (Art. 128 a 165) (Título I), contra aquellos complotados por “traición a la patria, atentado contra los Poderes Públicos, o contra el Derecho de Gentes”. Para más detalles, véase ARCAYA, P.M. *La pena de la confiscación general de bienes en Venezuela, estudio de historia y derecho*, Imp. Unidos, Caracas, 1945, p. 12-65.

¹⁸⁶ VARGAS GONZÁLEZ, P. *El comiso del patrimonio criminal*, Tesis doctoral consultada en original, dirigida por el prof. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, Universidad de Salamanca, 2012, p. 198-199.

ten tendencias que apuntan hacia un *comiso* separado de la esfera penal. Como bien resume RESTREPO MEDINA¹⁸⁷, el *comiso* desde sus orígenes ha evolucionado ontológicamente:

“(…) Así, pueden destacarse en orden cronológico las siguientes definiciones doctrinales de comiso:

a) Pérdida en favor del Estado de los instrumentos y valores que provengan de la ejecución del delito, dejando a salvo los derechos del ofendido y de terceros.

b) Incautación definitiva y consecuente pérdida del derecho de propiedad de aquellos elementos, cosas e instrumentos que se pusieron al servicio del injusto penal, de los efectos que se derivan directa o indirectamente de él, o de los beneficios de cualquier orden que impliquen un provecho para el autor o los coautores del hecho punible.

c) Pérdida a favor del Estado de las armas o instrumentos con los cuales se cometió el delito y de los objetos que provengan de su realización.

d) Poder-deber que tiene el Estado de secuestrar para sí y definitivamente los instrumentos con que se haya cometido un hecho punible, y los bienes, cosas y valores que de cualquier manera provengan de su ejecución.

e) Pérdida a favor del Estado de los instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, limitado a aquellas cosas que no sean de libre comercio, sin perjuicio de que una norma legal disponga su destrucción.

f) Pérdida de los efectos e instrumentos del hecho punible.

g) Consecuencia de un hecho o conducta punible consistente en la retención temporal o traspaso definitivo a favor del Estado por intermedio de sus funcionarios judiciales, de los instrumentos y efectos con los que se haya cometido un hecho o conducta punible o que provengan de su ejecución.

h) Pérdida a favor del Estado de los instrumentos o efectos con los cuales se haya cometido el hecho punible y de los bienes que sean fruto de su ejecución, que no tengan libre comercio y respecto de los cuales la ley no dispone su destrucción (…)”

¹⁸⁷ RESTREPO MEDINA, M.A. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Ediciones Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 26-27.

Queda entonces, revisar los aspectos conceptuales e históricos de su implementación en países como España, Colombia, México y Venezuela para así perfilar el núcleo sustancial de esta institución presente siempre en nuestros ordenamientos penales, pero que es llamada a ocupar un sitio dentro de los mecanismos y acciones en la lucha contra la delincuencia económica del siglo XXI.

Como bien se dice, la mayor parte de los problemas humanos –y sus soluciones– se localizan en el lenguaje, por ello, es obligatoria detenernos en el universo lingüístico, el cual, siempre aportará pistas para resolver los escollos de antaño y hogaño relativas al *comiso*.

A. *Universo conceptual definitorio*

Visto así, uno de los problemas más acuciantes que trajo consigo los orígenes históricos del término *comiso*, tal como lo estudiamos, está vinculado a su *indisciplina lingüística* cuando pasa a formar parte del español como lenguaje. En efecto, basta con revisar el DLE actual o cualquiera de las ediciones del anterior DRAE, para constatar nuestra afirmación.

El DLE en una primera acepción común nos indica que *comiso* es “(...) 1. m. Der. decomiso (...)”¹⁸⁸. Como estudiamos, sus orígenes sitúan la palabra latina *commissum* como tronco común del vocablo, que significa “objeto confiscado”, “confiscación”. El propio diccionario nos enlaza con otra voz conexas, muchas veces empleada de forma indistinta por su unidad en el significado. Hacemos referencia al *Decomiso* que fisgonamente lo identifica así¹⁸⁹:

“(...) 1. m. Cosa decomisada. 2. m. Der. Pena accesoria a la principal que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta (...)”.

En el DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (DPEJ)¹⁹⁰, el *comiso* lo define como:

“(...) 1. *Pen.* Pena accesoria al delito de contrabando, que supone la privación a su poseedor de las mercancías objeto del contrabando, la maquinaria empleada en la fabricación de géneros prohibidos, los

¹⁸⁸ <https://dle.rae.es/comiso?m=form>

¹⁸⁹ <https://dle.rae.es/decomiso?m=form>

¹⁹⁰ <https://dej.rae.es/lema/comiso>

medios de transportes con los que se realice el delito, las ganancias obtenidas del contrabando.

2. *Adm.* Sanción accesoria consistente en la privación definitiva de un bien o derecho padecida por su titular y derivada de su vinculación con una infracción administrativa, ya sean los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado la infracción, o ya sea el comiso de los efectos y de las ganancias o beneficios provenientes del ilícito (...)

Somos de la tesitura que este *desorden lingüístico* –que luce minúsculo y hasta muchas veces imperceptible–, es realmente el origen de los problemas conceptuales disputados sobre la materia en las últimas dos décadas en las legislaciones hispanoparlantes, en razón que hay casos donde se emplea la expresión *decomiso* para una área y *comiso* para otros, basándonos sólo en lo que el DLE nos define usualmente.

Este desorden en algún momento ha buscado despejarlo el ya citado DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO (DPEJ)¹⁹¹, recientemente lanzado al público para su consulta, que por primera vez hace una distinción de ambos vocablos, al indicar el lema *Decomiso*, como:

“(...) 1. *Gral.* Cosa decomisada.

2. *Pen.* Consecuencia accesoria impuesta por la comisión de una infracción penal, que implica la pérdida de los efectos provenientes de un delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

3. *Adm.* Incautación de armas o piezas ilegales, ilegalmente empleadas o ilegalmente cobradas (...)

Por ello, en el futuro, en la medida que se asiente las nociones y operatividad de las diversas modalidades del *comiso* (previstas en los tratados y convenciones sobre criminalidad económica) incluyendo el autónomo de carácter no penal, la doctrina y jurisprudencia perfilarán elementos característicos para disciplinar el uso de los vocablos.

En razón de la evolución conceptual, pudiéramos asignar el término “COMISO” para hacer alusión al *comiso* directo o tradicional, y “DECOMI-

¹⁹¹ <https://dpej.rae.es/lema/decomiso>

SO” para las otras versiones, destacándose el autónomo. Sobre la denominada “EXTINCIÓN DE DOMINIO” debe abordarse de una forma diferente, pues, a pesar de compartir elementos configuradores del *comiso* autónomo, posee una mecánica diferenciada que abordaremos en el capítulo cuarto del presente libro. Sobre este particular buscaremos más adelante racionalizar la base de esta diferenciación lingüística que pudiera ser capital en el abordaje de la institución dentro del contexto del español como *lengua de especialidad*¹⁹².

Hecha esta advertencia, podemos entender al COMISO, como una:

“(…) institución o medida de carácter patrimonial cuyo objeto es privar a los responsables de un delito de los instrumentos de ejecución y los bienes obtenidos con el mismo (...)”¹⁹³.

DECOMISAR es privar a un sujeto de la titularidad de un bien vinculado a su actividad delictual, o en su defecto, de cualquier otro bien, igualmente de procedencia ilícita, por valor equivalente, cuando no sea posible la expropiación de los bienes objeto o producto del concreto delito enjuiciado.

Dentro de la órbita de nuestra preocupación por la cada vez más indiferencia lingüística de los términos, tenemos la definición que incorpora GASCÓN INCHAUSTI que señala:

“(…) El comiso de bienes a menudo denominado también decomiso, consiste en la privación definitiva de un bien o derecho, padecida por su titular, derivada de su vinculación con un hecho antijurídico (...)”¹⁹⁴

Nótese que hace mención a la calificación “*a menudo denominado también*”, que pudiera traducir en el origen de las posiciones doctrinarias contrarias que muchas veces indican que el *comiso* se reserva para la esfera conceptual autónoma y el *decomiso* para su tradicional empleo en el Derecho penal con la característica de *accesoriedad*. Sin embargo, existen opiniones, en las cuales, el *comiso*:

¹⁹² Véase ALCARAZ, E., HUGHES, B. y GÓMEZ, A. *El español jurídico*, Ariel, Barcelona, 2014, p. 15-16.

¹⁹³ NÁQUIRA, J. *Blanqueo de activos a través del mercado cambiario y comiso de bienes*, Santiago de Chile, 2018, material de clases, p. 23-24.

¹⁹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. 2010, “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”, en: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*, Vol, 6, 2010, p. 1.

“(…) es el acto por el cual se priva al responsable de los efectos provenientes del delito, los bienes utilizados en su comisión y las ganancias obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que haya sufrido (…)”¹⁹⁵

Es decir, que independientemente de las múltiples formas del *comiso*, éste último, parece ser el término más adecuado dentro del lenguaje jurídico, separándonos así de las consideraciones comunes o acepciones usuales.

Esta connotación más delimitada, es la que apunta su terminología cuando se aborda sentido estricto, definiéndose como la privación definitiva de un bien que está relacionado con una infracción penal y que es ordenada por un tribunal u otra autoridad competente. Como bien lo explicita VARGAS GONZÁLEZ,

“(…) en una primera aproximación, el comiso se puede conceptualizar como la pérdida a favor del Estado, del derecho que tiene el condenado o un tercero (en ciertas circunstancias), sobre los efectos procedentes de un delito o falta dolosos, o de un delito imprudente cuya pena sea superior a un año de prisión; de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de aquel delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar (…)”¹⁹⁶

Por lo tanto, es una medida que tiene por objeto sustraer determinados bienes de sus titulares por estar vinculados de alguna manera con un ilícito penal, ya sea por constituir los instrumentos de comisión, su objeto o sus utilidades o efectos, lo que se justifica tanto en la peligrosidad de los mismos como en el hecho de que constituyen un “patrimonio criminal” intolerable a la luz de los principios que nos rigen como sociedad.

El *comiso* tradicional se considera en el sistema europeo continental como una *consecuencia jurídica prevista en la legislación penal*, que se asocia a la imposición de una pena o a la configuración de una conducta que como mínimo, es típica y antijurídica según los cánones penales. Del mismo modo, son los órganos jurisdiccionales penales y no otros los que a través de una sentencia (penal) imponen dicha medida.

¹⁹⁵ Véase MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. 2010, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 6^{ta} edición, Valencia, p. 621.

¹⁹⁶ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 22.

A pesar de la trascendencia de todas estas circunstancias, como las mismas son comunes a algunas consecuencias jurídicas que tienen otra naturaleza, p. ej., la responsabilidad civil del delito (lo que es comprensible, ya que en la resolución de un caso que involucra conductas delictivas también pueden intervenir otros sectores del ordenamiento jurídico), se requieren argumentos adicionales para atribuir al *comiso* una naturaleza penal especial.

En Venezuela, el término empleado por la doctrina¹⁹⁷ y jurisprudencia¹⁹⁸ es “*comiso*”, dejando la expresión “*decomiso*” como vocablo más asociado a procedimientos e informes policiales. Así, en nuestro país, *comiso* directo o tradicional es “(...) *privación coactiva de una parte de los bienes muebles de una persona por razones de orden público, sin derecho a indemnización alguna (...)*”¹⁹⁹. Se asocia a una desposesión de bienes como sanción, sea administrativa o penal accesoria a la principal, sin que esos bienes sean destinados a ningún uso público ni en interés general.

2. *Evolución del comiso tradicional en los ordenamientos español y venezolano*

Como indicamos, el origen romanista del *comiso* fue diluyéndose en la medida que asumió aspectos cada vez más patrimonialistas y se incardinó en el modelo penal clásico-liberal, ceñido férreamente a la “*protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta*

¹⁹⁷ ARAUJO, A. E. y SALOMÓN DE PADRÓN, M. *Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso*. En AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, Vol. 3, (1972-1979), 1961, p. 151.

¹⁹⁸ La jurisprudencia venezolana, especialmente la vinculada al contencioso-administrativo, ha delineado desde hace más de 50 años, el concepto de comiso. La extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela (1961-1999), en su Sala Político-Administrativa, Sentencia de fecha 20 de diciembre de 1967, definía el comiso como “(...) *El comiso es una sanción de carácter patrimonial aplicable con motivo de la realización de un acto ilícito (...)*”. El actual Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Político-Administrativa, sostiene la interpretación histórica sobre el comiso, de conformidad con lo expuesto en la sentencia n° 0165 de fecha 06 de marzo de 2012.

¹⁹⁹ ARAUJO, A. E. y SALOMÓN DE PADRÓN, M. *Ob. cit.*, 1981, p. 151-152.

*vinculación por los principios de garantía*²⁰⁰. Esto nos lleva necesariamente a ubicarnos en un contexto donde para entender la evolución histórica del *comiso* tradicional, debe abordarse su relevancia en razón de las tendencias actuales de lucha contra la criminalidad económica, en las cuales, la primera redefinición ocurre con el concepto de “*impunidad*”.

Se requiere así superar la tradicional idea penal de la “*conducta ilícita sin castigo*”, para extender el concepto al ámbito patrimonial en razón que muchas veces, como de suyo ocurren en los delitos económicos (corrupción, lavado de activos, narcotráfico y delincuencia organizada), los “(...) *bienes ilícitos quedan para el pleno disfrute del delincuente condenado, para su familia, su organización, o bien, en función de la promoción, financiación o ejecución de nuevas actividades delictivas*(...)”²⁰¹.

Estos cambios han influido en las manifestaciones del *comiso* tradicional o directo. Para ello, tomaremos como referencia su introducción en España y Venezuela, como en efecto, pasamos a revisar, donde es importante determinar la mocedad y evolución del concepto estudiado. Vale destacar que hemos abordado la legislación española en razón que nuestro *comiso* tradicional ha sido producto de las concepciones en la legislación punitiva española.

A. *El comiso tradicional en España*

Revisando la legislación penal española como fuente de inspiración normativa venezolana, el *comiso* tradicional ha sufrido significativas modificaciones dentro de esta misma vertiente. Desde el Código Penal de 1822 hasta la LO 01/2015, su definición ha encontrado diferentes maneras e identificado diferentes formas, partiendo que la misma en este ámbito no es una pena sino de consecuencia accesoria a la misma²⁰².

En ESPAÑA el Código penal de 1822 incluyó en su nomenclatura de penas pecuniarias –aunque considerado dudosa su calificación como tal²⁰³– la pérdida de los efectos e instrumentos con los que se cometió el delito. El *comiso* fue considerado como una forma de pena aplicable únicamente en relación con los delitos²⁰⁴. Los Códigos penales de 1848 y

²⁰⁰ SILVA SANCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 165-166.

²⁰¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 429.

²⁰² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Ob. cit.*, 2010, p. 501.

²⁰³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Ob. cit.*, 2010, p. 621.

²⁰⁴ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 24.

1870, los calificó como PENA ACCESORIA, más específicamente, “la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito”. En el de 1870, se contempló –como apunta VARGAS GONZÁLEZ– “expresamente el comiso del dinero o efectos y los instrumentos y útiles destinados al juego o rifa (que en aquel entonces era delito); la aplicación de esta pena accesoria tratándose de faltas y el *comiso* de las dádivas o presentes en materia de cohecho”²⁰⁵. El cohecho, es en sí, uno de los delitos antecedentes en materia anticorrupción.

El Código Penal de 1928 introducirá un cambio de fuste. En su ingeniería normativa, los legisladores penales suprimieron las penas accesorias como regla, ubicándose el *comiso* entre las medidas de seguridad que pueden acordarse como consecuencia de los delitos o faltas, o como complementos de pena²⁰⁶. En este aspecto, puede observarse una modificación considerable en cuanto a la tradicional forma de técnica legislativa empleada en España en su Código Penal para esta institución, que no verá sino en la reforma de 1932, la vuelta del comiso como pena accesoria²⁰⁷.

En el Código Penal de 1944, una vez España sometida a un régimen de facto postguerra civil, redistribuyó el *comiso* como pena accesoria pero en situaciones especiales y específicas, como fue el *comiso* facultativo de la imprenta en algunos delitos cometidos por divulgación de impresos no autorizados por el Estado²⁰⁸, o cuando fuese clandestina. Además, se contempló el *comiso* de las ganancias en lo relacionado con una de las manifestaciones incipientes de la delincuencia económica: *el delito de cohecho*.

Para 1983, ya una vez instaurada la democracia y bajo el imperativo del modelo de estado social y de Derecho propugnado por la Constitución de 1978, el Código Penal sufre una reforma mediante la LO 8/1983 del 25 de junio de ese año. El *comiso* se somete expresamente al principio de culpabilidad y proporcionalidad, estableciéndose una “limitación importante”, ya que, el juez:

²⁰⁵ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 26.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 28.

²⁰⁸ En los catálogos de “Delitos contra la seguridad exterior del Estado” y “Delitos contra la seguridad interior del Estado”. VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 30.

“(…) podría prescindir total o parcialmente de esta pena, cuando los bienes son de lícito comercio y su valor sea desproporcionado con la naturaleza o gravedad del hecho delictivo (...)”²⁰⁹.

Como ha podido observarse, la evolución del *comiso* en España se ha presentado en distintas etapas, incorporándose en cada una de ellas ciertos contextos y preocupaciones en la política criminal del Estado español, sin que pueda precisarse, por ejemplo, que el *comiso* de 1983 es una mixtificación del previsto en 1944.

Cónsono con este argumento, podemos ver la regulación del *comiso* en las reformas de 1988, 1989, 1992 y 1995 del Código Penal español. La correspondiente al bienio 1988-1989 se enmarcó dentro del concepto de *Guerra contra las Drogas*, que para la década de 1980, había asumido un carácter de calamidad pública en los Estados Unidos y buena parte de Hispanoamérica. Se autorizaba el *comiso* en los delitos de tráfico de drogas, donde, como indica VARGAS GONZÁLEZ, abarcaba no sólo los efectos e instrumentos, sino también las ganancias²¹⁰.

Queremos hacer énfasis, en esta apretada síntesis histórica del *comiso* tradicional, que a partir de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS (1988), se puede verificar una tímida introducción a lo que posteriormente serían otras tipologías de *comiso*, más que todo, modificando la lógica del régimen probatorio para tal fin. Esta será la primera experiencia en España que vaya más allá de esta peculiar figura contemplada desde 1822.

La verificación de esta diversidad ocurre en la reforma de 1994 tanto del CÓDIGO PENAL como de la LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL en materia de tráfico de drogas, donde el *comiso* también se impone *sobre bienes de terceros que no han sido condenados con una pena principal*. Este avance abriría las puertas para las posteriores reformas y la configuración actual de la institución bajo estudio.

Precisamente en España, puede considerarse un antes y un después la reforma del Código Penal en 1995, donde, el *comiso* es una de las figuras más patentemente intervenidas en razón de la presión internacional derivada de las obligaciones que contiene los tratados internacionales suscri-

²⁰⁹ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 31.

²¹⁰ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 33.

tos legítimamente por el Reino de España. Lo característico desde hace 25 años en la legislación punitiva española, estriba en las tensiones que conlleva la aplicación de los tratados con los principios o estructuras garantistas tradicionales, que en términos de SILVA SÁNCHEZ, se configuraría como el *Derecho penal a dos velocidades*²¹¹, tal y como lo desarrollamos *ut supra*.

De esta manera, las últimas dos décadas identifican al *comiso* tradicional o directo de la siguiente forma, según la exposición de ORTIZ MÁRQUEZ²¹²:

“(…) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el comiso se caracteriza por las siguientes notas:

1º. No constituye una pena, por no estar incluido en el catálogo del artículo 33 CP, sino una consecuencia accesoria del delito (Título IV del Libro I).

2º. Está sometido a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad.

3º. La aplicación del decomiso no debe entenderse preceptiva en todo caso al no tratarse de una pena accesoria, por lo que ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras, de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el Juicio Oral, debiendo ser motivada la resolución que lo acuerde (TS 475/2006, 20 de mayo).

4º. Al tratarse de una consecuencia accesoria de la pena, su imposición es improcedente si no ha mediado condena.

5º. El comiso se diferencia de la responsabilidad civil, si bien el producto de su licitación pueda aplicarse a cubrir responsabilidades civiles (TS 867/2002, 29 de julio) (...)”

Queremos resaltar la nota tradicional de *la necesaria condena a priori para la procedencia* del *comiso* en su vertiente clásica. Así lo sería hasta la reforma introducida por la LO 1/2015 de fecha 23 de noviembre, por ser ésta última, reflejo de la tendencia europea generalizada de la Deci-

²¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2012, p. 183-188.

²¹² ORTIZ MÁRQUEZ, J.M. *La prescripción y el comiso*. En: AAVV. *Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, Cuadernos penales José María Lidón nº 10, 2014, p. 88-89.

sión Marco 2005/212 del Consejo de la Unión Europea de fecha 24-02-2005 y la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de fecha 03.04.2014, que estudiamos anteriormente.

En la reforma citada, ocurre una modificación sustancial a la figura, más específicamente, sobre la función y alcance del comiso, pues, de ser una pena accesoria primigeniamente, pasó por considerarse una consecuencia hasta configurarse hoy por hoy otras formas como el *comiso* autónomo o *extinción de dominio*, éstos últimos, cada vez más inclinados hacia una configuración de *institución de carácter civil*²¹³, aunque no sea lo suficientemente contundente esta calificación tal como lo estudiaremos en las páginas siguientes.

B. *Evolución del comiso tradicional en Venezuela.*

Visto la evolución del *comiso* tradicional o directo en España, estudiaremos su trayectoria histórica en Venezuela. Nuestra nación, si bien declara su independencia en 1811²¹⁴, no será efectiva la misma hasta 1830²¹⁵, fecha última donde además de reconocerse formalmente su carácter autónomo, se disolvería lo que se denominó la Gran Colombia²¹⁶.

Sin embargo, se introduce las raíces del *comiso* a través de las regulaciones coloniales que se mantendrían, inclusive, algunos mecanismos más allá de la Constitución de 1830 y anterior al primer Código Penal venezolano de 1863. Como lo indicamos *ut supra*, hablar de *comiso* en las nacientes repúblicas hispanoamericanas, era asumir tautológicamente el

²¹³ ORTIZ MÁRQUEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2014, p. 89.

²¹⁴ El 05 de julio d 1811 el Congreso Plenipotenciario de Caracas declara la independencia a la corona española, la cual, estaría recogida en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811. Para más detalles, véase BREWER-CARÍAS, A.R. *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas, 2008, p. 553-579.

²¹⁵ La Constitución de 1830 puede considerarse la primera Constitución política venezolana como república independiente. En ella se contemplaron las primeras garantías de corte jurídico-penal aplicables para el resto de la legislación.

²¹⁶ La Gran Colombia fue una república que comprendía los territorios actuales de Colombia, Ecuador y Venezuela. Su disolución formal ocurre en 1830, razón por la cual, la historia jurídica autónoma de Venezuela comienza a computarse desde esta fecha. En Venezuela, la separación ocurre con la emisión del Decreto de reglamentación del Congreso Constituyente de Venezuela, de fecha 13.01.1830, suscrito por el General José Antonio Páez. Véase al respecto, BREWER-CARÍAS, A.R. *Ob. cit.*, Vol. I, 2008, p. 685-689.

concepto de confiscación en razón de la deficiente técnica legislativa²¹⁷. Así, *comiso* y *confiscación*, en el siglo XIX venezolano sería sumido como sinónimos, inclusive, en su primigenia ubicación en los textos constitucionales como veremos a continuación.

Debemos advertir, que en Venezuela, la precisión del *comiso* tradicional ocurrió primeramente en las disposiciones aduaneras, e increíblemente, en las Constituciones muchísimo antes que la codificación penal, pues, ésta última, se inicia formalmente en 1863.

Hecha esta advertencia, si bien es cierto, la Constitución de 1811 abolió la confiscación, siguieron operando sus formas, especialmente, durante la guerra de independencia contra la corona española, donde se impuso como pena a los reos de “lesa majestad”²¹⁸. Al finalizar la conflagración bélica independentista, se dictó la ley del 30 de junio de 1824, en cuyos considerandos manifestaba que “como el gobierno español confiscaba los bienes de todos los que defendían la causa de Colombia, era una justa represalia que el gobierno de éste hiciera lo mismo con todos los que fuesen a la causa de España”²¹⁹.

Como expresa BREWER-CARÍAS²²⁰, disuelta la Unión Colombiana, las Constituciones de 1830, 1857 y 1858 prohibieron la confiscación. Las Constituciones de 1864 hasta el Estatuto provisional de 1922, no se pronunciaron al respecto, ello en el marco de la guerra federal que azotó a Venezuela (1858-1863) y la consolidación de un naciente modelo estatal centralizado (1899-1935)²²¹.

²¹⁷ HENAO OSPINA, M. 1981, *Ob. cit.*, p. 177-178.

²¹⁸ CHIOSSONE, T. *Sanciones Penales y Administrativas en la Legislación Venezolana*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1984, p. 169-170.

²¹⁹ Véase ARAYA, P.M. *La pena de la confiscación general de bienes en Venezuela*, Impresores Unidos, Caracas, p. 320-321. Sobre los textos dictados por el bando republicano, véase ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES. 1922, *Leyes y Decretos de Venezuela*, Ediciones de la Academia, Tomos I al 4: (1811-1830). Caracas, 1945.

²²⁰ BREWER-CARÍAS, A.R. *Ob. cit.*, Vol. I, 2008, p. 325.

²²¹ Al respecto, véase BREWER-CARÍAS, A.R. “El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas”, *Paramillo*, n° 7, 1988, p. 450-452.

En la Constitución de 1925 al consolidarse el Fisco Nacional y la centralización fiscal, tributaria y administrativa de Venezuela²²², se estableció el principio que hasta la vigente Constitución Bolivariana de 1999 asumiría en cuanto a la interdicción de la confiscación: “*No se decretarán ni llevarán a cabo confiscaciones de bienes, salvo, únicamente, como medidas de represalias en guerra internacional contra los nacionales del país con el cual fuere la guerra, si éste hubiese decretado previamente la confiscación de los bienes de los venezolanos*”.

Con la Constitución de 1925, el *comiso* expresamente deja de asociarse con la confiscación, en razón de la nueva legislación que sería dictada bajo su amparo, como por ejemplo la legislación sanitaria, específicamente, en materia de decomiso de alimentos en mal estado y que se expendan al público. De esta forma, el *comiso* se diferenciaba en Venezuela de la confiscación, en razón que el primero era asumido en las disposiciones administrativas sancionatorias, sea en salubridad o la tradicional aduanal.

Con la Constitución de 1936, una vez fallecido el General JUAN VICENTE GÓMEZ, se extingue un régimen autocrático que se extendió por 27 años de gobierno (1908-1935) y que habría traído polémica por el enriquecimiento ilícito evidente de quienes conformaron o fueron allegados a dicho régimen político (gomecismo). Debe destacarse que será esta reforma de 1936 la que por primera vez asocia la confiscación constitucionalmente permitida con delitos contra la cosa pública, amén de introducirnos una forma muy sutil del futuro “comiso autónomo o extinción de dominio”, que en ausencia del dictador quien había fallecido un año antes, tal como se concibió en su artículo 32 que establecía:

Artículo 32. La Nación garantiza a los venezolanos:

(...) Omisión (...)

No se decretarán ni llevarán a cabo confiscaciones de bienes, salvo en los casos siguientes:

1. (...) Omisión (...)

2. Como **medida de interés general para reintegrar al Tesoro Nacional las cantidades extraídas por los funcionarios públicos** que hayan ejercido los cargos de Presidente de la República, Ministros del Despacho y de Gobernadores del Distrito Federal y de los Te-

²²² BREWER-CARÍAS, A.R. ... El desarrollo institucional del Estado centralizado ... 1988, p. 456-457.

territorios Federales, cuando hayan incurrido, a **juicio del Congreso Nacional, en delitos contra la cosa pública y contra la propiedad**. La decisión a que se refiere este párrafo se tomará en Congreso **en sesiones ordinarias o extraordinarias por mayoría absoluta y deben ser aprobadas por las dos terceras partes de las Asambleas Legislativas de los Estados en la misma forma**. La medida abarcará la totalidad de los bienes de los funcionarios y de su herencia y se efectuará de conformidad con las reglas de la ley especial que al efecto se dicte; y **se aplicará retroactivamente** a los funcionarios enumerados que hayan actuado durante los dos últimos períodos presidenciales. En los casos en que se dicte el reintegro extraordinario a que se refiere el párrafo anterior, las reclamaciones propuestas por los particulares contra el funcionario o particular afectado por el reintegro o su herencia, serán cubiertos con la **cuota prudencial de bienes que en cada caso fije el Congreso Nacional al dictar la medida**, y se sustanciarán y decidirán conforme al procedimiento especial que pauté la ley a que se ha hecho referencia (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Por primera vez se instaura en Venezuela un procedimiento confiscatorio expedito, sustanciado y decidido por el entonces Congreso Nacional, donde, éste último fungía como juez contra aquellos altos cargos del Ejecutivo Nacional y de los Ejecutivos Estadales (Presidentes de los estados), que se hayan enriquecido con los caudales públicos. La medida fue duramente criticada por la doctrina nacional del momento²²³, en razón que el Congreso Nacional, como rama legislativa no puede asumir funciones propias de la jurisdicción. Ahora bien, si la Constitución en vez de haber concentrado este procedimiento al poder legislativo, lo hubiese atribuido al judicial, pudiéramos afirmar que Venezuela se habría catapultado como pionera en la consagración del *comiso* autónomo, e inclusive, una posible *extinción de dominio*.

El motivo real que conllevó a la incorporación de una suerte de confiscación de bienes de forma autónoma se debe al espíritu político de la época que buscaba a cualquier precio enterrar la etapa gomecista, como medida social, civil, política, y por sobre todo, penal²²⁴.

²²³ LEPERVANCHE PARPACÉN, R. *Estudios sobre la Confiscación*, Caracas, 1938, p. XIII-XIV.

²²⁴ LEPERVANCHE PARPACÉN, R. *Ob. cit.*, 1838, p. 67. Explica CHIOSSONE que esta medida siempre fue polémica, hasta el punto que cuestiona el simple hecho que el

Desde entonces, se asume la confiscación constitucional como la única excepción para aquellos casos de delitos contra la cosa pública.

Las Constituciones posteriores eliminan la referencia del juicio autónomo legislativo de confiscación por delitos contra el erario público. La de 1945, vuelve a restituir el área original de la institución, relativa a los bienes confiscados de extranjeros en Venezuela que hayan incurrido en delitos propios de conflictos internacionales (traición, etc.). En igual sentido, la de 1947 y 1953 (ni siquiera hace mención) mantendrán inalterado este aspecto donde sólo a los extranjeros procede la confiscación.

La Constitución de 1961 –de corte democrático y con la duración más extensa de nuestra historia republicana– abordó ciertos aspectos de la confiscación/comiso aplicada al enriquecimiento ilícito de funcionarios. En efecto, como sostienen ARAUJO y SALOMÓN²²⁵, hubo preocupación en el constituyente por contemplar medidas patrimoniales para quienes fueran hallados culpables de delitos contra la cosa pública; más sin embargo, la misma fue más por cuestiones semánticas y formales que por el contenido y fondo de las normas propuestas. En efecto, el artículo 102 del derogado texto constitucional se contemplaba:

Artículo 102.- No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones sino en los **casos permitidos por el Artículo 250**. Quedan a salvo, respecto de extranjeros, las medidas aceptadas por el derecho internacional.

Artículo 250.- Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En tal eventualidad, todo ciudadano, investido o no de autoridad tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Serán juzgados según esta misma Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ella, los que aparecieren responsables de los hechos señalados en la primera parte del inciso anterior y así como los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente, si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución. **El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incauta-**

constituyente contemple la confiscación penal sin juicio ni condenatoria en tribunales penales. *Ob. cit.*, 1984, p. 32-33.

²²⁵ ARAUJO, A. E. y SALOMÓN DE PADRÓN, M. *Ob. cit.*, 1981, p. 143.

ción de todo o parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado (Negrillas y subrayado nuestro)

Durante los años en que estuvo vigente la Constitución de 1961 (1961-1999), no hubo la activación de la incautación de bienes a que hacía referencia el artículo 250. Sin embargo, fue un antecedente bastante cercano al *comiso* autónomo, en razón que al revisarse su previsión, NO SE REQUERÍA DE CONDENA JUDICIAL sino que bastaba el fracaso de los alzados en intentonas golpistas contra el legítimo gobierno electo, pescados *in fraganti*, para que el Congreso procediera a la incautación de todo o parte de los bienes de los complotados.

En la vigente Constitución, denominada “Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” (CRBV)²²⁶, existe una sutil dicotomía entre dos artículos que consagra la confiscación, y por ende, el *comiso* tanto tradicional, aunque en extrema interpretación, para el autónomo. De plano la redacción del vigente texto constitucional impide al legislador concebir un instrumento para tal fin, mucho menos, para una *extinción de dominio*. Sobre esta polémica nos referiremos extensivamente en el capítulo quinto del presente ensayo.

En efecto, los artículos son el 116 y 271 constitucional que quedaron redactados bajo el siguiente tenor:

“(…) **Artículo 116.** No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser **objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y de los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes** (…)

²²⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario), N° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000. La Enmienda número 1 fue publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario), N° 5.908 de fecha 19 de febrero de 2009.

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, **o contra el patrimonio público** o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, **previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.**

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil (...)” (Subrayado y negrillas nuestras)

A simple vista lucen los preceptos constitucionales coherentes. Sin embargo, observamos diferencias claves para fundamentar la posibilidad remota de contemplar el *comiso* autónomo, separado del *comiso* tradicional. Todo ello estriba en la redacción del articulado. Nótese que el artículo 116 hace mención genérica a “bienes” de personas responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público o enriquecimiento ilícito, así como, de actividades provenientes al narcotráfico. El 271, al contrario, precisa que los bienes confiscados serían los “provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos o el tráfico de estupefacientes”.

Esta dicotomía sobre el empleo del término confiscación, fue debatida en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999²²⁷. El primero que formula discrepancias con la redacción, fue el profesor y constituyente ALLAN R. BREWER-CARIÁS. En efecto, en el debate sugiere algunos cambios de redacción que más que ser gramaticales, eran “conceptuales”, al sugerir que el texto debía quedar “(...) Y en la línea no debería hablarse: “por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación”, sino: “*por vía de excepción podrán ser objeto de incautación*”, que es realmente de lo que se trata (...)”.

²²⁷ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 2000, *Actas y debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Ediciones ANC, Caracas, Vol. III, p. 48. También, véase BREWER-CARIÁS, A.R. *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Editorial Jurídica Venezolana, Tomo II, Caracas, 1999, p. 70-85.

El debate prosiguió hasta el punto de suscitarse graves discrepancias por el empleo del término “confiscación” cuando en verdad hacía alusión a la “incautación” y que buscaba dejarse muy en claro para evitar los futuros equívocos en el texto constitucional. El desaparecido constituyente JORGE OLAVARRÍA, expresaría:

“(…) Jugando con **palabras delicadas**. ¿No? Una cosa es la incautación y otra cosa es la confiscación de bienes. La incautación es una medida de tipo policial precautelativa; **la confiscación va es una apropiación por parte del Estado de un bien que ha sido indebidamente adquirido o cuya propiedad, presupone la Comisión, de un delito y eso sólo puede hacerse mediante sentencia firme**. Nada impide que las fuerzas del orden incauten bienes que ostensiblemente sirvan, por ejemplo, para el narcotráfico, o cosas parecidas; pero la confiscación definitiva tiene que hacerse una vez que se demuestre la ilicitud de su posesión, etcétera, de manera que creo que hay que andarse con cuidado con este artículo, porque puede prestarse a toda clase de atropellos disfrazados de la lucha contra la corrupción o contra el delito (...)”²²⁸ (Negrillas y subrayado nuestro)

El constituyente FREDDY GUTIÉRREZ, quiso en todo momento eliminar de la redacción del 116, el término “mediante sentencia firme”, pues:

“(…) el planteamiento hecho por el constituyente Yoel Acosta Chirinos, tiene razón, lo estuvimos conversando antes, y se trata de que el acto de incautación se pueda llevar a cabo. Me pregunto, ¿en el caso del narcotráfico?, **¿en el caso de las personas que se han enriquecido como los banqueros que están ahora fuera del país?**, y está planteado un problema de extradición; no se ha podido llevar a cabo ningún acto de incautación ni de expropiación, sencillamente porque no hay fundamentos. **Si nosotros esperamos mi querido vicepresidente, una sentencia firme para llevar a cabo un acto de confiscación sencillamente haríamos imposible el que el estado pueda resarcirse de los daños que al Estado le hayan causado**. En ese sentido se prevé acá que ante el hecho notorio de un enriquecimiento ilícito, ante el hecho notorio, ostensible de propiedades del narcotráfico, el **Estado pueda adelantar una acción de incautación de bienes**.

²²⁸ *Actas y debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo III, pp. 976-977.

Así se estableció en la Constitución del 61, en el artículo 250, que se estableció el derecho del Congreso de la República, para ese entonces, de adelantar un acto de incautación de bienes.

En ese sentido planteo la conveniencia de apoyar la proposición adelantada por el comandante Acosta (...)”²²⁹ (Negrillas y subrayado nuestro)

Esta era la opinión para introducir una figura autónoma de *comiso* pero que no requiriera sentencia firme penal, que si bien es cierto, pudo haber traído problemas posteriores como lo sugirió el constituyente ALBERTO FRANCESCHI²³⁰:

“(…) Presidente. Para pedir que quede el artículo tal como está. No se trata al **poner sentencia firme de proteger bienes de toda clase de malandros**, sino de **proteger a los ciudadanos de los abusos previsibles si no hay una sentencia firme**, de manera que el artículo hay que dejarlo como está. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El artículo 116 abre la discutible hipótesis para contemplar la posibilidad del *comiso* autónomo, mientras que el 271, fundamenta el *comiso* tradicional o directo. Sobre este particular, lo desarrollaremos en el capítulo quinto del presente libro.

En el plano de la infraconstitucionalidad, según la tesis kelsiana de la elaboración de Derecho por grados, el *comiso* fue contemplado en todos los códigos penales venezolanos, empezando por el primero de los aprobados en época republicana: el de 1863. Este Código fue copia exacta del Código Penal español de 1848, estudiado *ut supra*, contemplando el *comiso* como *pena accesoria*. Las posteriores reformas, como la de 1873 y 1904, serán el eco de las reformas del código español de 1870.

Venezuela se separará de la influencia española en la reforma del Código Penal de 1897, cuyo documento normativo fuente será el Código de ZANARDELLI de 1889. De esta forma, los Códigos de 1912, 1915, 1926, 1964, 2000 y el vigente 2005²³¹, resaltarán la influencia italiana de la codificación sarda. En todas las reformas, el *comiso* es considerado una pena accesoria, “necesariamente accesoria” como apunta el tratadista MEN-

²²⁹ *Actas y debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo III, p. 977.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario) n° 5.768 de fecha 13 de abril de 2005.

DOZA TROCONIS²³² tan igual como su tratamiento en España antes de 1995. En el Código Penal venezolano vigente, se tipifica de la siguiente manera:

Título II: De las penas

Artículo 10. Las penas no corporales son:

(...) Omisis (...)

10. Pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan.

(...) Omisis (...)

Artículo 33. Es necesariamente accesoria a otra pena principal, la pérdida de los instrumentos o armas con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan; y se la ejecutará así: las armas serán decomisadas de conformidad con el Capítulo I del Título V del Libro Segundo de este Código; y los demás efectos serán asimismo **decomisados y rematados** para adjudicar su precio al respectivo Fisco Nacional, del Estado o Municipio, según las reglas del artículo 30. (Negrillas y subrayado nuestro)

El Código penal hace énfasis en decomisar las armas con las cuales se cometió el hecho punible, así como, los efectos o beneficios que se deriven una vez consumado el delito. En ambos casos, es imprescindible la preexistencia de una condena judicial-penal para proceder a la aplicación del mismo. La función preventiva de eliminar del tráfico comercial las armas empleadas por los delincuentes, y evitar así que vuelva a cometerse otros delitos, ha marcado al comiso tradicional penal venezolano. Por otra parte, como cualidad ejemplarizante, el Código ratifica el impedimento, al responsable penalmente hablando, que disfrute de los bienes o provechos que ha obtenido con el hecho punible en sí.

²³² MENDOZA TROCONIS, J.R. *Curso de Derecho Penal Venezolano*, Empresa El Cojo, Parte General, Tomo III, Caracas, 1983, p. 251. Expone el profesor MENDOZA TROCONIS, la necesaria diferenciación entre el comiso de instrumentos para el hecho punible (*Strumenta sceleris*) y los efectos que de él provengan (*producta sceleris*). Aunque reafirme que es una pena la naturaleza jurídica esencial, expresa también la “(...) *confiscación de los objetos que constituyen el cuerpo del delito, de las armas con que se cometió y de los efectos que provengan de él, tiene un triple carácter: es tanto una “pena” como una “medida de orden público”, sirve para retirar de la circulación o del comercio objetos dañosos, perjudiciales o de uso prohibido y como una “reparación civil” en el sentido de que la atribución de propiedad del Fisco puede servir para reparar el perjuicio causado con el delito (...)*” p. 253.

A pesar de la consagración constitucional de la confiscación para delitos contra la corrupción y el narcotráfico, como explicamos en las páginas anteriores, la legislación especializada punitiva sobre la materia no escapó de esta tendencia generalizadora del Código Penal, sea cual sea sus diferentes etapas en el caso de *legislación anticorrupción*²³³, de *narcotráfico*²³⁴ o de *delincuencia organizada*²³⁵, en la cual, el comiso es una *pena accesoria*.

²³³ En Venezuela, la legislación penal especializada en combate contra la corrupción puede dividirse en cuatro etapas: 1era.- Inicia en 1912 con la *Ley de Responsabilidad de Funcionarios Públicos* (publicada en Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela, ordinaria, N° 11.637 de fecha 11 de junio de 1912) culminando en 1945 con la aprobación del Tribunal de responsabilidad administrativa creado por la Junta Revolucionaria de Gobierno; 2da.- Comienza al sancionarse la *Ley contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos* de 1948, reformada en 1964, donde la sustanciación de las causas por esta tipología de delitos eran conocidas por los tribunales penales ordinarios. 3era.- Se estrena con la aprobación de la *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público* de 1982, donde, el combate contra la corrupción comienza a abordarse como especialidad dentro del sistema de competencias de la jurisdicción penal, hasta el punto de crearse tribunales especializados que juzgaban los casos de corrupción y una mayor ampliación de las facultades administrativas sancionatorias de la Contraloría General de la República. 4ta.- Con la puesta en vigencia, en 2003, de la *Ley contra la Corrupción*, ésta última, reformada por vía de Decreto Presidencial n° 1.410 con rango, valor y fuerza de Ley de dudosa constitucionalidad, en razón que los decretos-leyes tienen como límite la garantía de reserva legal al Parlamento sobre legislación tributaria y punitiva. La reforma fue publicada En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario) N° 6.155 de fecha 19 de noviembre de 2014. Sobre los antecedentes históricos de la lucha contra la corrupción en Venezuela, véase PÉREZ LUCIANI, G. *Los derechos y garantías constitucionales y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, en: AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Vol. VI, Caracas, 1985, p. 15-31.

²³⁴ La legislación contra el tráfico de drogas se estrena con la publicación en Gaceta Oficial de la República de Venezuela (extraordinario), n° 3.411 de fecha 17 de julio de 1984 de la *Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LO-SEP)*, que sería modificada en 1993, para adaptarla a las disposiciones de la Convención de Viena de 1988. Sería publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela (extraordinario), n° 4.636 de fecha 30 de septiembre de 1993. La LO-SEP será derogada por la *Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas* publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), n° 38.337 de fecha 16 de diciembre de 2005. Finalmente, ésta última ley será derogada por la vigente *Ley Orgánica de Drogas*,

En cualquiera de sus vertientes, el *comiso* aparece como una pena accesoria. Esto ha sido un problema hasta el momento. Ni en drogas, ni en delincuencia organizada, ni mucho menos contra la corrupción, inclusive, cuando ésta última comenzó a visualizarse como un problema más allá del Derecho penal, una vez se sanciona la LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO (LOSPP)²³⁶, donde se estiman los costes que genera el fenómeno²³⁷; hubo intención de contemplar un *comiso* de tipo autónomo como ocurre en España con esta materia desde 2015.

En efecto, el artículo 104 de la derogada LOSPP determinaba:

“(...) Penas accesorias

Artículo 104.- Sin perjuicio de las reparaciones, restituciones e indemnizaciones a que haya lugar, la aplicación de las penas principales de prisión y de prisión y multa, aparejan también **la de pérdida de los instrumentos con los cuales se hubiere cometido el hecho punible y de los efectos que de él provengan**; la inhabilitación política por el tiempo que dure la condena; el pago de las costas procesales y, una vez cesada la condena y por un tiempo igual al de ésta, la inhabilitación para ejercer cargos o funciones públicas (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), n° 39.546 de fecha 5 de noviembre de 2010.

²³⁵ Sobre la legislación contra la delincuencia organizada, apenas será en 2002 cuando Venezuela apruebe un instrumento especializado sobre la materia, al sancionarse la *Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), n° 37.357 de fecha 4 de enero de 2002. Sin embargo, el instrumento propio venezolano será aprobado en 2005, cuando se sanciona la *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario) n° 5.789 de fecha 26 de octubre de 2005. Esta última, será reformada en 2012, a la cual, se le agregan aspectos sobre financiación del terrorismo, para finalmente denominarse *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.) n° 39.912 de fecha 30 de abril de 2012.

²³⁶ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela (extraordinario) n° 3.077 de fecha 23 de diciembre de 1982.

²³⁷ Al respecto, véase NJAIM, H. *Costos y beneficios políticos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público*, en: AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Vol. VI, Caracas, 1985, p. 35-83.

Al hablarse de “*pérdida de los instrumentos con los cuales se hubiere cometido el hecho punible y de los efectos que de él provengan*”, es una reedición de lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal, es decir, que se pierde la propiedad plena de aquellos bienes con los cuales se consumaba cualesquiera de los tipos previstos en Salvaguarda, tan igual como las ganancias obtenidas sea por peculado, concusión o cualquier otro delito.

En la actualidad, el simple hecho que Venezuela haya suscrito y adoptado²³⁸ en la legislación interna la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC 2003); ni siquiera implicó una modificación sustancial al *comiso* tradicional en materia especializada de salvaguarda. Con la sanción y promulgación de la vigente LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN²³⁹, que derogó la antigua LEY ORGÁNICA DE SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO PÚBLICO; se desperdició la oportunidad para incorporar las nuevas formas del *comiso*, sea cual sea las variedades y tipologías que explicaremos más adelante.

El artículo 50 de la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN (LCC) vigente establece:

Artículo 50. Los bienes que constituyen el enriquecimiento ilícito, **por el sólo hecho de la sentencia ejecutoriada**, pasarán a ser propiedad de la entidad afectada, cuando se le produjere un perjuicio económico. En los demás casos, ingresarán a la Hacienda Pública Nacional (Subrayado y negrillas nuestras)

Se acoge a la tradición venezolana del comiso tradicional como accesoriedad, en este caso, la necesaria presencia de una sentencia ejecutoriada que determine y condene a un imputado por delitos de corrupción. Por otra parte, el artículo 98 *ejusdem*, reafirma el tenor de lo previsto en el artículo 271 de la Constitución vigente donde la única forma para recuperar bienes producto de esta delincuencia *económica es a través de la confiscación*. En efecto, el citado precepto legal establece:

²³⁸ En Venezuela, su adaptación al Derecho interno operó con la sanción y promulgación de la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Ordinaria) n° 38.192 de fecha 23 de mayo de 2005.

²³⁹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario) n° 5.437 de fecha 07 de abril de 2003. Reformada en 2014, mediante Decreto Presidencial n° 1.410 con rango, valor y fuerza de ley, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (extraordinario) n° 6.155 de fecha 19 de noviembre de 2014.

Artículo 98. En **la sentencia definitiva el Juez** podrá ordenar, según las circunstancias del caso, **la confiscación de los bienes** de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que incurran o sean responsables de delitos establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que afecten gravemente el patrimonio público, a cuyo efecto solicitará ante las autoridades competentes, la repatriación de capitales de ser el caso.

Asimismo, el Juez podrá ordenar, según la gravedad del caso, la **confiscación de los bienes** de las personas que hayan incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 47 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y consecuencialmente la repatriación de capitales.

Las autoridades competentes estarán encargadas de presentar y recibir directamente o por vía diplomática las solicitudes de asistencia legal en materia penal, referentes a la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción, de conformidad con lo establecido en sus ordenamientos jurídicos y los acuerdos suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela (Subrayado y negrillas nuestras)

El dispositivo, en vez de contemplar otras formas como ocurre en España con el *comiso* autónomo, e inclusive, pudiendo aclimatar la redacción del CÓDIGO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO COLOMBIANO de 2014; prefirió asumir al pie de la letra las previsiones del artículo 271 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente que se inclina por la confiscación de bienes; perdiéndose una oportunidad para innovar en una materia donde además de ser adoptada como tratado (Art. 54 de la UNCAC), es una figura que perfectamente pudiera aplicarse en Venezuela a pesar de la regulación confiscatoria expresa constitucional, que reza:

“Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil (Subrayado y negrillas nuestras)

En la LEY ORGÁNICA DE DROGAS (LOD) vigente²⁴⁰, también se ratifica el tema de la accesoriedad, cuando en su artículo 3.9, establece:

“(...) Artículo 3. A los efectos de la interpretación de esta Ley, se entenderá por:

9. Decomiso. Es la privación definitiva del derecho de propiedad sobre cualquier bien que haya sido abandonado, en los términos previstos en esta Ley, decretada por un juez o jueza de control a favor del Estado (...)”

Este criterio será ratificado por el artículo 183, *ejusdem*, en su último párrafo que contempla:

“(...) **Artículo 183.**

... Omisión ...

Cuando **exista sentencia condenatoria definitivamente firme**, se procederá a la confiscación de los bienes muebles e inmuebles incautados preventivamente y se les destinará a los planes, programas y proyectos en materia de prevención, tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas consumidoras de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como a la prevención y represión de los delitos tipificados en esta Ley. En caso de sentencia absolutoria definitivamente firme, los bienes incautados preventivamente serán restituidos a sus legítimos propietarios o propietarias (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Sin embargo, existe una peculiaridad en esta materia, y está relacionada a la concreción de un procedimiento especial para el decomiso de bienes, sobre todo, cuando se desconoce el titular de los mismos, pero, que es evidente su vinculación con actividades penalizadas en la LOD y en cierta forma, inclinada hacia la accesoriedad de un hecho punible. En efecto, el artículo 185 estatuye:

²⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.), nº 39.546 de fecha 5 de noviembre de 2010.

“(...) *Procedimiento especial en decomiso de bienes.*

Artículo 185. Transcurrido un año desde que se practicó la incautación preventiva sin que haya sido posible establecer la identidad del titular del bien, autor, o partícipe del hecho, o éste lo ha abandonado, el o la fiscal del Ministerio Público solicitará al tribunal de control su decomiso. A tales fines, el tribunal de control ordenará al órgano rector que notifique mediante un cartel publicado en un diario de circulación nacional, el cual indicará las causas de la notificación, procediendo a consignar en el expediente respectivo la página en la cual fue publicado el cartel.

Dentro de los treinta días siguientes a la publicación del cartel, los legítimos interesados deberán consignar, ante el citado tribunal de control, escrito debidamente fundado y promover los medios probatorios que justifiquen el derecho invocado. Transcurrido el referido lapso, sin que los legítimos interesados hayan hecho oposición alguna, el juez o jueza acordará el decomiso del bien.

Si existiere oposición, el juez o jueza notificará al fiscal del Ministerio Público, para que dentro de los cinco días siguientes a la notificación, conteste y consigne pruebas. Si no se ha presentado medio probatorio alguno o si el punto es de mero derecho, el juez o jueza decidirá sin más trámites de manera motivada dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término anterior. Esta incidencia no interrumpirá el proceso penal.

En caso de haberse promovido medios probatorios, el juez o jueza convocará a una audiencia oral, que se celebrará dentro de los ocho días siguientes a la publicación del auto respectivo. En la audiencia el o la fiscal del Ministerio Público y el legítimo interesado, expondrán oralmente sus alegatos y presentarán sus pruebas. Al término de la audiencia, el juez o jueza decidirá de manera motivada. La decisión que dicte el juez o jueza es apelable por las partes, dentro de los cinco días siguientes.

Si el legítimo interesado no se presenta a la audiencia convocada por el tribunal, sin causa debidamente justificada, se declarará desistida su oposición y se acordará el decomiso del bien. Contra dicha decisión no se admitirá recurso alguno.

Cuando la decisión del tribunal de control mediante la cual acuerda el decomiso se encuentre definitivamente firme, el bien pasará a la orden del órgano rector. El juez o jueza ordenará a los órganos competentes, que expidan los títulos o documentos respectivos que acrediten la propiedad del bien a favor del órgano rector (...)

Sobre la LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO (LOCDOFT)²⁴¹, asume la misma definición del comiso que la LOD analizada en la página precedente, e inclusive, dispositivos de similar redacción en lo que atañe al aseguramiento de bienes decomisados (art. 55), y hasta inclusive, un procedimiento especial en decomiso (art. 58), copiado al calco de la LOD. Lo único novedoso radica en la redacción del artículo 89, que se enmarca dentro del capítulo relativo a la cooperación judicial recíproca entre los Estados sobre esta materia. En su encabezado establece:

“(…) **Artículo 89.** Cuando el Estado decomise o confisque bienes conforme al presente capítulo, dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos judiciales y administrativos.

Al actuar a solicitud de la otra parte con arreglo a lo previsto en el presente artículo, el Estado venezolano podrá prestar particular atención a la posibilidad de concretar acuerdos a fin de:

1. Aportar la totalidad o una parte considerable del valor del producto y de los bienes, o de los fondos derivados de la venta de los mismos, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o de otros delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo.

2. Repartirse con otras partes conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto, bienes o los fondos derivados de la venta de los mismos, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

3. Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionado en el presente capítulo.

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

²⁴¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.) n° 39.912 de fecha 30 de abril de 2012.

5. Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

- a. Del producto;
- b. De los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o,
- c. De los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que éste. (...)"

En este rápido repaso por las legislaciones que atañen al presente ensayo, queremos abordar como punto final del capítulo sobre Venezuela, una situación atípica sobre la introducción del *comiso* autónomo. En efecto, hay un tratamiento relativo a la extinción de dominio que fue incorporada en la vigente LEY DE COMERCIO MARÍTIMO²⁴², que pudiera entenderse como un ensayo sobre *comiso* autónomo en Venezuela. Los artículos 92 al 112 contempla el embargo de buques vía acción *in rem*, en la cual, asumiendo los criterios plasmados en los tratados internacionales, pudiera el Estado quedarse con el navío por razones que éste sea en sí un peligro para la navegación²⁴³, el medio ambiente²⁴⁴ o inclusive seguridad costera²⁴⁵. Estas acciones son de *carácter patrimonial*, es decir, la legislación no la califica de civil pero tampoco es de naturaleza penal.

De esta manera, haciendo una revista sumaria de la legislación venezolana contra la delincuencia económica, encontramos una evidente inclinación hacia el tratamiento del *comiso* como pena.

3. *Naturaleza jurídica del comiso tradicional*

Examinada la evolución histórica del *comiso* tradicional, así como sus componentes lingüísticos, surge la necesaria determinación de la naturaleza jurídica del mismo. Su radical importancia estriba en que una vez respondido el cuestionamiento sobre ¿qué es?, pudiéramos establecer el alcance de la institución o concepto abordado, así como, la aplicación de la normativa supletoria afín con su naturaleza, pues, aunque luzca paradó-

²⁴² Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (G.O.) n° 38.351 de fecha 05 de enero de 2006.

²⁴³ Artículo 93, numeral 5. de la Ley de Comercio Marítimo.

²⁴⁴ Artículo 93, numeral 4. de la Ley de Comercio Marítimo.

²⁴⁵ Artículo 94, numeral 2. de la Ley de Comercio Marítimo.

jico, el abordaje de teorías que responden a esta pregunta tiene una clara finalidad práctica, como expresa MONTERO AROCA²⁴⁶.

El *comiso* tradicional ha adquirido diferente tratamiento en cuanto a su esencia. La doctrina luce dividida, en razón que algunos lo entienden como pena accesoria, otros como una consecuencia civil, una sanción, e inclusive, como una “mera consecuencia accesoria”. En fin, abordar esta categoría nunca ha estado exenta de polémica²⁴⁷.

A. Como pena

Como se pudo verificar en las páginas precedentes, el *comiso* directo o tradicional fue concebido tradicionalmente como *pena accesoria*, en casi todos los países donde ha recepcionado la institución, incluyendo a Venezuela. Este tratamiento obligatoriamente arrincona hacia la dependencia de un proceso penal donde el imputado haya sido condenado por vía de sentencia. Además, en la regulación normativa, generalmente en los Códigos penales (hasta 1995 en España), existe una clara inclinación de señalar los objetos propios sobre los cuales recae la pena de comiso: *los instrumentos del delito y sus efectos*.

Es la primera naturaleza asumida por nuestros países desde la introducción del Derecho penal moderno, como consecuencia obligatoria de una conducta punible, fue enfocado hacia la declaratoria de responsabilidad penal como requisito o presupuesto principal *sine qua non*. En este sentido, VARGAS GONZÁLEZ, analiza las tesis donde puede diferenciarse dualmente el comiso de instrumentos y el comiso de las ganancias²⁴⁸, explicitando que al ser una pena, su naturaleza penal proviene del ejercicio del *ius puniendi* estatal, donde, se le priva de la titularidad sobre el bien como condena²⁴⁹.

Con la reforma penal española de 1995, el *comiso* tradicional *dejó de calificarse como pena*, en razón de su extensión hacia terceros que no han sido ni imputados ni mucho menos condenados penalmente por la comisión de un hecho punible. Hacemos referencia al decomiso de bienes propiedad de terceros, éstos, muchas veces fungiendo como personas interpuestas (testaferros) de quienes sí han cometido delito y han sido condenado por ello.

²⁴⁶ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILLA, S. *Derecho jurisdiccional I, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 118-119.

²⁴⁷ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 174.

²⁴⁸ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 174-175.

²⁴⁹ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 177.

De esta forma, la tesis de la pena accesoria ha venido *diluyéndose en la medida que el comiso adquiere elementos autónomos*, además de imponerse la tendencia mundial de la ampliación de sus límites²⁵⁰. Somos contestes con lo afirmado por SANTANDER en el cual no basta que:

“(...) la **naturaleza jurídica penal del comiso no se desprende de un reconocimiento nominal como tal**; es decir, de su descripción expresa como pena dentro del capítulo correspondiente en el Código Penal, como lo consagran varios países; sino que se deduce especialmente de su descripción normativa; es decir, aquellos casos en donde la descripción del comiso condiciona su reconocimiento a la declaratoria de responsabilidad por una conducta específica de relevancia jurídico penal. Por ello se puede afirmar que las descripciones normativas del comiso constituyen una especie de “tipo genérico” de comiso, que es común y se complementa con los tipos penales de la parte especial, donde se debe acreditar un nexo de relación directo entre el bien y el delito, teniendo como presupuesto de su reconocimiento, la exigencia de un vínculo directo con un titular de derechos sobre el bien que sea declarado penalmente responsable. (...)”²⁵¹ (Negrillas y subrayado nuestro)

La nominalidad, es decir, tipificación legislativa no es el principal argumento para calificar la naturaleza jurídica del *comiso*, como en efecto, ha ocurrido en países como España hasta 1995. En Venezuela, tal y como analizamos *ut supra*, existe una reafirmación legislativa de catalogarla como *pena accesoria* inclusive en la legislación más reciente (*Vgr.* caso de la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN, Legislación antidrogas y Legislación contra el financiamiento del terrorismo), lo cual, no es obstáculo para asimilar el *comiso* bajo otra naturaleza jurídica (*vgr.* medida administrativa, institución civil, etc.). Lo que sí podemos ser contestes, es que día a día el *comiso* se aleja de su apreciación como pena en los ordenamientos de diversa materia.

B. Como medida de seguridad

Posterior a las tesis punitivas del *comiso*, fue considerado muchas veces como *medida de seguridad*, en razón de la forma en que el Código Penal español de 1928 lo consagró²⁵². Ello fue así por la *teoría de la peligro-*

²⁵⁰ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 453.

²⁵¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 445.

²⁵² SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 447.

sidad objetiva de algunos bienes con los cuales se cometen delitos o bien sean réditos de hechos punibles, como ocurre en el caso de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Para la fecha en que se pone en boga, estaba muy vigente como clima cultural, las construcciones teóricas civilistas sobre la responsabilidad civil objetiva²⁵³, es decir, de la debida tutela que debe prestar el dueño (guardián) de ciertos bienes peligrosos en el caso que éstos últimos sean de potencial peligro para terceros y para otros bienes.

Ahora bien, para el Derecho penal moderno, la peligrosidad objetiva de bienes no tiene sustento, en razón que las medidas de seguridad siempre serán a título personal (responsabilidad criminal) y no real²⁵⁴. Por muy peligrosos que sean los bienes con los cuales se haya cometido un hecho punible, esta característica no fundamenta teoría jurídica alguna que establezca un paralelismo entre la responsabilidad civil derivada de los objetos del comiso. Además, habría que determinar qué puede considerarse “objeto peligroso”, pues, para algunas legislaciones ciertos componentes están prohibidos o de circulación comercial restringida. Para otras, sencillamente no existe regulación.

Por ello resulta difícil asignarle la categoría de medida de seguridad toda vez que no busca abordar la peligrosidad del sujeto, de modo que no obtiene los fines de mejora y reeducación que estas pretenden por lo que tienen carácter personal ya que recaen sobre el agente, a diferencia de las que tienen carácter real pues recaen sobre los bienes.

C. Como institución civil

Para otro sector de la doctrina, explicitado por VARGAS GONZÁLEZ²⁵⁵, el *comiso* tradicional asume la naturaleza de una *institución de Derecho civil*, en razón de la nominalidad que algunas legislaciones latinoamericanas abordaban en sus Códigos penales, como por ejemplo, el mote de “*responsabilidad civil derivada del delito*”, y que por política criminal común, se introducía en los Códigos penales o de Enjuiciamiento Crimi-

²⁵³ Al respecto, la teoría del guardián y su evolución histórica, véase PORCHY-SIMON, S. *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, París, 2008, p. 327-330. En su exposición tradicional, véase MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones EJE, Tomo II, Vol. 1, Buenos Aires, 1962, p. 117-121.

²⁵⁴ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 448.

²⁵⁵ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 178-179.

nal. El *comiso* vendría a fungir como una suerte de reparación civil, más sin embargo, compartimos la opinión de SANTANDER, en reflexionar que es inapropiado otorgarle esta naturaleza jurídica a la figura estudiada de forma tradicional²⁵⁶.

Entre los argumentos empleados por el autor citado, abona la tesis que existen eventos donde la afectación del bien busca responder alguna expectativa de carácter civil no precisamente derivado de hechos punibles. Coloca de ejemplo la restitución o restablecimiento del Derecho, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, que perfectamente pueden satisfacerse a través del embargo ejecutivo de bienes, como de suyo ocurre en los procedimientos monitorios previstos en los Códigos de Procedimiento Civil latinoamericanos. Además, recalca, que cuando procede la pretensión civil dentro de un proceso penal, el bien objeto de reparación nunca pasa al control del Estado, sino que es destinado a satisfacer las expectativas de reparación de la víctima²⁵⁷.

Otro de los motivos por lo que muchas veces el comiso se le identifica como de naturaleza civil (*comiso in rem*), estriba en la existencia de otras formas de *comiso* especializadas, que opera tan igual como las reparaciones civiles de las concepciones angloamericanas²⁵⁸. Ahora bien, el hecho de la diversificación del *comiso* no es punto de apoyo para aplicar sus manifestaciones características a la versión tradicional del mismo, ya que, la única diferencia se encuentra en el tipo de acción mediante el cual se hace efectivo y los fundamentos de legitimación que la sustentan.

En esta tipología de *comiso*, como explicaremos más adelante, las reglas civiles asumen elementos punitivos al estilo del *tort law*, el derecho de daños anglosajón y los *punitive damage*²⁵⁹. Más sin embargo, es nece-

²⁵⁶ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 449.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 449.

²⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 179-180. Este autor aborda un problema del derecho de daños actual, y es el fenómeno de la criminalización del Derecho civil, en el sentido que éste comienza a poseer más garantías que las previstas en la codificación o en la teoría general de la responsabilidad civil, así como, asumir con mayor rigurosidad los juicios de imputación. También resalta el autor, que en materia civil, lo característico es la ausencia del concepto de sanción, pues, la reparación es consecuencia de la declaratoria de responsabilidad al quebrantarse principios patrimoniales.

sario recalcar que es prácticamente imposible que el *comiso* tradicional o directo sea encasillado como una institución civil, al carecer ésta última, noción alguna de sanción.

D. *Como sanción*

Como indicamos al abordar la supuesta naturaleza civil del *comiso* tradicional y su imposible ubicación dentro de este campo del Derecho, históricamente aquél ha sido respuesta de sanciones, primigeniamente, como pena accesoria hasta la erosión de la misma y sólo quedarse con el carácter de accesoriedad. De allí que la jurisprudencia española, y casi toda la doctrina penal, establezca que el *comiso* tradicional es una sanción en el sentido que su aplicabilidad responde como consecuencia de una conducta trasgresora.

La sanción –expone VARGAS GONZÁLEZ²⁶⁰– debe suponer siempre la imposición de un mal a una persona como consecuencia de una conducta ilegal previa que decide trasgredir algún bien jurídico. De allí la imposición de consecuencias aflictivas reguladas expresamente en la ley, pues, por mucho que existan ahora figuras del *comiso* donde no existe una condena penal, no puede darse el caso del mismo sin un proceso penal²⁶¹.

E. *Como accesoriedad*

En la reforma de 1995 del Código penal español, a los fines de superar cualquier desavenencia doctrinal, se asume la inclusión de un tercer género de sanciones, siguiendo así el modelo germánico²⁶². De esa manera, el fundamento del *comiso* al no ser ni delito ni medida de seguridad, no le es aplicable ni la culpabilidad, ni la gravedad del hecho, así como ni mucho menos la peligrosidad criminal; aunque debe indicarse, siempre quedará sujeta al principio de la proporcionalidad.

Como explicamos, no puede equipársele tampoco como una institución civil, pues, el *comiso* responde a ese elemento de “reparación o restablecimiento del derecho”, aunque existan figuras como las *Unexplained*

²⁶⁰ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 186.

²⁶¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 453.

²⁶² ZARAGOZA AGUADO, J. *El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 5^{ta} edición, Washington D.C. 2017, p. 363.

Wealth Orders (UWOs)²⁶³ en el Reino Unido que tiendan a confundir la naturaleza jurídica si leemos dichas instituciones desde la óptica y racionalidad del *civil law*.

Lo importante del abordaje como consecuencia jurídica accesoria de naturaleza criminal, radica en los cambios vivenciados en la política criminal española para hacer más eficaz y eficiente este mecanismo de impacto sobre el imaginario social. Además, no puede negarse que el *comiso* tradicional ha sido una herramienta importante para evitar –sobre todo en los delitos económicos– un beneficio de los objetos obtenidos del mismo, inclusive, una vez cumplida una pena de privación de libertad.

Por ejemplo, ¿cuál sería el carácter redimitorio de una prisión contra una persona condenada por delitos contra la corrupción, si una vez cumplida la pena disfrutaría a futuro de los bienes sustraídos de la administración pública? ¿Cuál sería el carácter redimitorio de una prisión si dentro de ella, el sujeto condenado sigue manejando el negocio tan igual o mejor que afuera, como de suyo ocurrió con algunos capos del narcotráfico colombiano hace 30 años, o bien, en el denominado “pranato penitenciario”?

Así, no queda dudas que en España, la corriente mayoritaria implica al *comiso* como consecuencia accesoria²⁶⁴, lo que abre las puertas para el decomiso de bienes de personas no imputables o de terceros ajenos a un proceso pena²⁶⁵. Si fuera una pena, esto último sería prácticamente imposible, en razón de la culpabilidad que va enlazada íntegramente a aquella. Por otra parte, las penas están sometidas al principio de la personalidad, razón por la cual, al no calificarse el *comiso* como tal, facilita la aplicación del mismo a terceras personas que no han cometido infracción.

En el caso venezolano, a pesar de los avances legislativos explicados en la evolución histórica, el *comiso sigue tramitándose como una pena accesoria*, donde se requiere la condena judicial-penal, como se observó.

²⁶³ Al respecto, véase BLANCO CORDERO, I. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 19-16, 2017, p. 29-30.

²⁶⁴ No toda la doctrina comparte esta opinión. MANZANARES esgrime críticas porque considera la mención “imprecisa”, ya que, no es el *comiso* directo una consecuencia accesoria de la pena. Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*. *Comentarios y jurisprudencia*, Editorial Comares, Tomo I: Parte General, Granada, 2019, p. 923.

²⁶⁵ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 94.

Habrá que esperar un cambio en la legislación nacional para verificar si se introducen elementos que giren la actual naturaleza jurídica hacia las nuevas tendencias del *comiso*, o bien, contemplar abiertamente la *extinción de dominio*.

4. *Bienes sobre los cuales recae el comiso tradicional*

Como hicimos referencia en la evolución histórica del *comiso* tradicional, existe una marcada diferenciación sobre los bienes que son decomisados en razón de la aplicación de esta figura, sea cual sea su naturaleza, como pena o como consecuencia accesoria como lo califica la legislación española punitiva que lo consagra²⁶⁶. El consenso de los instrumentos normativos estudiados ut supra, distingue sin cortapisa alguna entre el comiso de aparejos y herramienta del delito (*instrumentum sceleris*); el comiso del objeto del delito (*objetum sceleris*) presente en cierta tipología de hechos punibles (Vgr. Drogas, blanqueo de dinero, bienes de legitimación); y, el comiso de los productos o beneficios del delito (*productum sceleris*).

* El comiso de instrumentos del delito (*instrumentum sceleris*).

La primera categoría de bienes son los denominados “instrumentos del delito”, considerados como objetos materiales e inmateriales, que sirven al autor-agente del delito sea para preparar o ejecutar la acción u omisión criminal. En el caso de los delitos de naturaleza económica, donde se enmarcan los de corrupción, tenemos los documentos falsificados, cartas, títulos-valores, dinero. Algunos autores²⁶⁷ han calificado a este tipo de comiso como “comiso de seguridad”, tal y como lo explicitamos más arriba. También lleva por nombre “comiso de aseguramiento”, “comiso de medios”, “comiso de efectos instrumentos”, “comiso de peligro”, etc.²⁶⁸; dado que su fundamento está vinculado con el concepto de peligro objetivo que representa el bien decomisado para atentar o poner en riesgo otro bien jurídico.

²⁶⁶ NÁQUIRA, J. *Ob. cit.*, 2019, p. 24.

²⁶⁷ Véase MENDOZA TROCONIS, J.R. *Ob. cit.*, 1983, p. 253, también, SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 447.

²⁶⁸ CANDELA ROVIRA, S.M. *El comiso de bienes y ganancias del delito en la legislación penal*, Universitas Miguel Hernández, Elche, 2015, p. 98.

CANDELA ROVIRA, tomando como referente la definición que formula la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA sobre el término “instrumento”²⁶⁹, nos señala que éste es “*aquello de que nos servimos para hacer algo*”, “aquello que sirve de medio para hacer algo o conseguir un fin”. Son objetos que sirven para cumplir el fin ilícito propuesto en un plan criminal, y cuya exacción tiene una finalidad preventiva²⁷⁰, donde, más allá de los bienes tradicionales (muebles o inmuebles), pueda calificarse objetos como por ejemplo las sociedades mercantiles. Sobre éstas últimas, SANTANDER ABRIL explica²⁷¹:

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

Cuando una sociedad es utilizada como instrumento del delito, se debe examinar la forma de destinación de la misma y quien es el responsable, por ejemplo, si la destinación fue realizada por uno de sus socios o accionista, o un empleado, directivo o representante con poderes limitados para actuar; o si por el contrario, la destinación se realizó por quien tenía plenas facultades para comprometer la sociedad con la actividad delictiva (...)”²⁷²

Se abre así un debate donde incluyen las personas jurídicas de base societaria, aunque nos inclinamos por la opción que sólo se comisa es la titularidad accionaria más no la compañía como persona.

* Comiso sobre el objeto del delito (*objetum sceleris*).

²⁶⁹ CANDELA ROVIRA, S.M. *Ob. cit.*, 2015, p. 105.

²⁷⁰ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 464.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 465.

En este segundo lote de bienes, deben entenderse como los objetos creados, transformado o manipulados desde la propia conducta delictiva²⁷³, pero, no las cosas que constituyen el objeto de la infracción misma. Se indica que este tipo de bienes se decomisan para su destrucción, con independencia de la culpabilidad o inocencia de su propietario, o los derechos de terceros; pues, poco importa quien sea el dueño. Lo resaltante es que dichos bienes no pueden estar bajo el tráfico jurídico de la sociedad por el peligro que representan²⁷⁴. Es el caso prototípico de los diversos componentes calificados como estupefacientes o psicotrópicos.

* El comiso de los productos o beneficios del delito (*productum sceleris*).

Finalmente, como aparecen en las codificaciones penales de España y Venezuela, existe el decomiso de aquellos beneficios o productos del delito, es decir, las ganancias del delito. Generalmente las actividades criminales de naturaleza económica, dentro de la racionalidad del comportamiento corrupto²⁷⁵, busca un incremento patrimonial a costa de destruir otros bienes jurídicos de la sociedad y del Estado mismo como ocurre con los delitos de salvaguarda del patrimonio público.

Este tipo de beneficio económico decomisado puede incluirse cualquier tipo de bienes como sentencia VARGAS GONZÁLEZ²⁷⁶, que al principio se califica como producto pero que finalmente serán utilidades económicas. Sobre estos bienes, tanto el comiso tradicional como las nuevas versiones han afinado sus estrategias, pues, en la medida que los Estados coloquen todas las trabas para evitar que bienes o ganancias productos de actividad criminal organizada puedan ser disfrutados, habrá mayor eficiencia en la lucha contra la corrupción²⁷⁷.

El principio *de que nadie debe enriquecerse mediante hechos antijurídicos*²⁷⁸, termina por fundamentar y potenciar en el ámbito del derecho

²⁷³ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 462.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ MARCH POQUET, J.M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017, p. 272.

²⁷⁶ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 56.

²⁷⁷ Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N. 2017, *El decomiso de activos ilícitos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.

²⁷⁸ NÁQUIRA, J. *Ob. cit.*, 2019, p. 24.

patrimonial, el perfeccionamiento sobre esta forma hacia la cual está dirigida las actividades de comiso.

Existe otro punto con respecto a esta categoría de bienes objeto del comiso (o pérdida), y tiene que ver con aquellos que han sufrido una transformación o convertido parcial o totalmente en otros bienes, hasta el valor estimado del producto del delito que se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, y de los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito.

Lamentablemente, esta hipótesis no está regulada en Venezuela. Sin embargo, esta figura podrá ser puesta en práctica sobre los bienes que se consideren están “relacionados” con el hecho, como de suyo, sugiere la fórmula del artículo 89 de la LEY ORGÁNICA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO (LOCDOFT) que prevé, entre otros, el decomiso del valor de bienes mezclados con bienes de fuentes lícitas.

“(…) **Artículo 89.** Cuando el Estado decomise o confisque bienes conforme al presente capítulo, dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos judiciales y administrativos.

(…) Omisis (...)

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

5. Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

- a. Del producto;
- b. De los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o,
- c. De los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que éste. (...)” (Negritas y subrayado nuestro)

Sobre quién está legitimado para solicitar el *comiso*, corresponde dicha facultad al Ministerio Público, tal y como lo indica expresamente los

artículos 111, numeral 12 y 204 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL venezolano, de la siguiente manera:

“(...) Artículo 111. Corresponde al Ministerio Público en el proceso penal:

(...) Omisis (...)

12. Ordenar el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados directamente con la perpetración del delito. (...)

Artículo 204. En el curso de la investigación de un hecho delictivo, el Ministerio Público, con autorización del Juez o Jueza de Control, podrá incautar la correspondencia y otros documentos que se presuman emanados del autor o autora del hecho punible o dirigidos por el o ella, y que puedan guardar relación con los hechos investigados.

De igual modo, podrá imponer la incautación de documentos, títulos, valores y cantidades de dinero, disponibles en cuentas bancarias o en cajas de seguridad de los bancos o en poder de terceros, cuando existan fundamentos razonables para deducir que ellos guardan relación con el hecho delictivo investigado.

En los supuestos previstos en este artículo, el órgano de policía de investigaciones penales, en casos de necesidad y urgencia, podrá solicitar directamente al Juez o Jueza de Control la respectiva orden, previa autorización, por cualquier medio, del Ministerio Público, la cual deberá constar en la solicitud. (...)”

II. EL COMISO AUTÓNOMO Y SUS MÚLTIPLES ACEPCIONES EN EL DERECHO COMPARADO, DE CARA COMO FORMA ALTERNATIVA PARA SANCIONAR DELITOS ECONÓMICOS

Hasta el presente, hemos abordado la esencia del *comiso* tradicional, o también conocido por otras acepciones tales como *comiso* directo o *comiso* clásico. Éste se halla regulado tanto en CNUCTISS 1988, CNUC-DOT 2000, y más expresamente en UNCAC 2003, sin embargo, tal y como indicamos ut supra, su concepción ha estado presente desde inicios de la década de los 80 del siglo pasado, en las primeras reuniones que más tarde se concretaría fallidamente en la CNUCTISS.

Su eficacia dentro del Derecho penal ha sido comprobada con más de 150 años de consagración formal en las legislaciones punitivas de nuestros respectivos países como se explicó en las líneas precedentes.

Sin embargo, si bien es cierto que la concepción de un *comiso* autónomo lo introduce de forma fehaciente la UNCAC 2003, los convenios precedentes comenzaron a sugerir su modificación cuando implantaron una radical concepción sobre una de las bases históricas del comiso: **su régimen probatorio**. En efecto, CNUCTISS 1988²⁷⁹ y CNUCDOT 2000²⁸⁰ coinciden en el mismo tenor sobre la literal “inversión de la carga de la prueba”, que en materia penal, implica un salto copernicano frente al sistema garantista donde la *presunción de inocencia* es el hito fundamental que influye sobre todo el sistema de enjuiciamiento criminal.

Será en la UNCAC 2003 cuando ostensiblemente una convención conmine a los Estados para la creación de formas de *comiso* “(...) *sin que medie una condena* (...)”²⁸¹ tal como se encuentra confeccionado en el lenguaje del texto del tratado. Ahora bien, cuando la UNCAC 2003 impulsa para que los Estados suscribientes mediten formas de *comiso* autónomo, lo realiza no tanto como una imposición formal, sino, con la convicción que dicho mecanismo es coadyuvante para el combate de los delitos económicos, delincuencia organizada y más propiamente, *la corrupción*, partiendo de la premisa que ésta última es una actividad *altamente racionalizada y tecnificada*.

1. *El comiso autónomo y su introducción como mecanismo coadyuvante contra los delitos económicos, especialmente, en los delitos de corrupción*

Partiendo entonces que el *comiso* autónomo más que una accesoriedad como se le entiende en su naturaleza tradicional no puede dispensársele el mismo tratamiento cuando se emancipa de la condenatoria penal. El *comiso* siempre estuvo atado a la suerte de la comprobación de culpabilidad en un proceso judicial con todas sus garantías. Esto a la final pudiera ser contraproducente, partiendo que la actividad criminal organizada de corte económico aprovechará cada detalle del sistema para evitar perder los recursos, provecho, utilidad o bienes obtenidos de forma ilícita,

²⁷⁹ Artículo 5.7.

²⁸⁰ Artículo 12.7.

²⁸¹ Artículo 54.1, c).

como parece apuntar las hipótesis previstas en el artículo 127 TER. del Código Penal español²⁸².

Es por ello que la nueva arquitectura del *comiso*, el autónomo o sin condena, parte desde otra lógica. Esa lógica se enmarca dentro de las reglas propias de la racionalidad económica, donde, la resolución delictiva se sopesa previamente por varios escenarios. Y, si el contexto indica que cometer el delito implica menores costos que trabajando apegados a la ley, entonces, debe darse por descontado la actividad criminal.

Bajo estos parámetros es que los tratados, siendo su versión más acabada UNCAC 2003, asumen teorías de la actividad económica como rasero para tensar las nuevas instituciones o redimensionar la existentes, como es el caso del *comiso*, ahora también denominado autónomo o sin condena.

A. *La teoría de la conducta racional y los costos delictuales*

Como bien lo indicamos, acometimos la tarea de visualizar el *comiso* autónomo no por su versatilidad sustantiva o adjetiva en la esfera penal. Su mutación, producto de las necesidades reales para frenar la delincuencia económica, lo incardina dentro de muchas áreas de los llamados delitos “en” y “la” globalización. Sin embargo, podemos encontrar que al divisarlo, el *comiso* debe abordarse como uno de los instrumentos punitivos para encarecer los costos delictuales, afectando directamente al patrimonio del delincuente y aquellos que cooperan con él.

²⁸² **Artículo 127 ter.**

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

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

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

Como ha señalado el Premio Nobel de Economía, GARY BECKER –citado por TABLANTE y MORALES–, en materia como la corrupción, los agentes corruptos:

“(...) analizan la relación entre costos por la práctica de la corrupción, los beneficios financieros, así como la probabilidad de eventual prisión y devolución de las ganancias ilícitas (...)”²⁸³.

La actividad delincriminal organizada, y más propiamente la corrupción, como su palabra lo dice, *no es propia de personas irracionales*²⁸⁴. Al contrario. Su presencia e intensidad dependerá de la capacidad racional para tomar decisiones en base a la ecuación utilitaria de ganancias y costes, pues, más que “niveles de corrupción”, lo que existe es corrupción organizada o caótica.

Por ello, más allá de la implementación de formas severas en las penas, lo fundamental para un sistema sancionador eficaz será aquel que incremente los costes de la sanción, hasta el punto de superar las utilidades esperadas por la conducta ilícita²⁸⁵. Así se da a entrever del lenguaje en los tres tratados que hemos analizado a lo largo de la presente obra, pero, resulta más gráfica en UNCAC 2003 en razón que la corrup-

²⁸³ TABLANTE, C. y MORALES, M. *Impacto de la corrupción de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2018, p. 113-114. Además, vale la pena señalar que los autores en referencia resaltan el resultado de varias entrevistas realizadas en Sao Paulo (Brasil), hacia convictos por delitos de asalto a bancos, quienes manifestaron “sentir pánico por quedarse pobres y sin el botín a ser arrestados en la frustración del robo”.

²⁸⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. *Análisis económico de la corrupción*, Universidad de Salamanca, 2019, p. 1-2.

²⁸⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. *Ob. cit.*, 2019, p. 3. Debemos resaltar lo que apunta SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 430 sobre el gran terror que le causa a los delincuentes económicos “perder las utilidades provenientes del delito” más que la privación de libertad. En efecto: “(...) *Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos, pues ante los altos niveles de impunidad patrimonial que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legisladores no se prevé un procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “si vale la pena” (...)*”.

ción ocurre dentro de las administraciones públicas, por *sujetos que legalmente y legítimamente se encuentran allí designados*. En drogas o materias como crimen organizado, resulta menos sofisticado la manera de materializar actividad punible, en razón que ambas manifestaciones *a priori* se encuentran al margen de la ley, o son desdeñadas también con medios de control social, más que todo, basados en prejuicios y estándares morales.

Queremos detenernos más en donde la actividad racional es más fuerte de los tipos de delincuencia económica: **la corrupción**. Si partimos que la misma, de forma apriorística, *no comporta una antijuridicidad*, su núcleo duro es el “(...) *abuso del poder público en beneficio privado* (...)”²⁸⁶. Dicho atropello implica unos mecanismos y formas aglutinadas en un proceso –muchas veces complejo–, que pueden englobarse en la terminología de BOEHM y GRAFF²⁸⁷ como “*Acuerdos Corruptos*”. Estos deben entenderse como, de conformidad con lo analizado por estos autores:

“(...) es un contrato a la sombra de la ley, secretos, de acceso limitados y profesionales (...)”

Esto denota varios componentes calificados, que a pesar de ser ilegales, perfectamente pueden enmarcarse dentro de la *teoría neoclásica del negocio jurídico*, que son sujetos, objeto y causa, entendida ésta última como *la función económica-social del contrato, donde su utilidad estribaría sobre todo en explicar la sancionabilidad jurídica de las promesas y de esta manera, permitir la tipificación de los contratos*²⁸⁸.

²⁸⁶ Definición asumida por el Banco Mundial. Para más detalles, véase TANZI, V. “Corruption around the world. Causes, consequences, scope and cures”, *International Monetary Fund Staff papers*, N° 4, Vol. 45, 1998, p. 564. También, a los efectos de entender la preocupación de las organizaciones supranacionales para lograr un consenso sobre el concepto de corrupción, véase PARLAMENTO EUROPEO. *Resolución del Parlamento Europeo de fecha 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe provisional) (2012/2117 (INI))*, aparte 4.

²⁸⁷ BOEHM, F. y GRAF LAMBSDORFF, J. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009, p. 47-50.

²⁸⁸ Sobre esta noción del neocausalismo, véase la edición de CAPITANT, H. *De la causa de las obligaciones*, Analecta, Madrid, 2005. GHESTIN, J. *Traité de Droit Civil. Les Obligations-Le Contrat*, L.G.D.J., Vol. II, n° 643, París, 1980, p. 532 y ss. En el mismo sentido, véase GIORGIANNI, M. “Obligazione (Diritto Privato)”, *Novissimo*

Como negociación –que se potencia riesgosamente al estar al margen de la ley y no contar con mecanismos para su exigibilidad judicial– requiere de las más refinadas formas racionales conocidas, pues, como bien lo indica MARCH POQUET, pueden ser explicadas bajo la *teoría de la elección racional* (TER)²⁸⁹. Según esta tesis, todo sujeto dentro de una negociación corrupta busca maximizar su poder y minimizar su sufrimiento, lo que incluye, oportunidades, costos y beneficios como en cualquier contrato legal que se suscriba. La única diferencia estriba en que si se evidencia el contrato ante el sistema jurídico, conllevaría necesariamente a sanciones de múltiples formas y dimensiones.

Como nadie busca ser sancionado, es decir, que en toda elección racional, *ninguna persona en sus cabales persigue que lo penalicen*, entonces, se perfeccionan instrumentos y procedimientos para obtener la mayor cantidad de ganancias posibles, inclusive, más allá de lo razonable porque subyace en el imaginario criminal que es muy plausible la frustración del delito, y por tanto, no se materialice el “próximo golpe”. Esto ha sido práctica en casi todo el planeta, hasta el punto que, la propia UNCAC reconoce su combate en todas las perspectivas posibles²⁹⁰, más allá de la esfera punitiva.

MARCH POQUET resume entonces la TER en la siguiente ecuación²⁹¹:

$$\text{Beneficio (E)} = \text{Ingreso} - \text{Costes} - f(\text{Severidad sanción}, P(\text{Pagar sanción}))$$

$$P(\text{Pagar sanción}) = P \left[\begin{array}{l} \text{Detección} \\ \text{Detención} \\ \text{Procesamiento} \\ \text{Condena} \\ \text{Cumplir condena} \end{array} \right]$$

Digesto Italiano, UTET, Vol. XI, Torino, 1965, p. 561. MARTY, G. y RAYNAUD, P. *Droit Civil*, Sirey, N° 176 y ss., París, 1962, p. 160.

²⁸⁹ MARCH POQUET, J.M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017, p. 273.

²⁹⁰ Vale la pena citar lo que establece uno de los párrafos del preámbulo de la UNCAC: “(...) Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una porción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados (...)”.

²⁹¹ MARCH POQUET, J.M. *Ob. cit.*, 2017, p. 273.

De esta manera más que explicar los detalles de la teoría de la elección racional o la del negocio jurídico, nos interesa abordar los llamados *costes en la ecuación*, pues, son la premisa por la cual UNCAC 2003 contempla la figura del *comiso* autónomo, y en la LEY MODELO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO, las peculiaridades de esta figura latinoamericana. Los costes “(...) *corresponden a los gastos necesarios para realizar (y reproducir si es posible) los actos corruptos; principalmente son gastos de ocultación (empresas tapadera, testaferros, gastos de lavado de dinero sucio...) y gastos de protección (gabinetes de abogados, sobornos a policías y jueces (...))*”²⁹².

Nos interesa la estrategia de **encarecer los costes delictuales**, que como indicamos, es la asimilada a nuestro juicio por UNCAC 2003 y en menor medida por CNUCTISS y CNUCDOT, donde, la figura del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* debería asumir un papel protagónico para incrementar los mismos hasta el punto de hacer la actividad criminal organizada de excesiva onerosidad, y por tanto, ser desechada como actividad racional para obtener beneficios.

Como indica MARCH POQUET, los costes en este sentido deben entenderse como “costes de ocultación”, es decir, gastos para ocultar y proteger el acuerdo corrupto. En estos sobresale, colocando de ejemplo, los gastos para mantener la fidelidad de un testaferro, la ingeniería financiera-contable para creación de empresas fantasmas, los honorarios profesionales de abogados con el objetivo de ocultar bienes, etc²⁹³.

Llama la atención que no incluya el citado autor, los denominados “costes penitenciarios”, los cuales deben entenderse como aquellos gastos que debe incurrir en el tiempo de cumplimiento de una pena privativa de libertad, para sostener “*privilegios*” penitenciarios intramuros que incluyen un menú diferenciado del resto de reos –situación muy común en los países en vía de desarrollo–, comodidades para su divertimento, e inclusive, espacios para continuar dirigiendo la empresa criminal al recibir mayor tiempo de visita de sus subordinados, siendo el caso de la prisión de ENVIGADO (Colombia) en época del CARTEL DE MEDELLÍN, el ejemplo de lo señalado en este párrafo.

Sin embargo, debemos partir que el *comiso* autónomo o sin condena, es un instrumento de encarecimiento de costes; más, ésta es una herra-

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ MARCH POQUET, J.M. *Ob. cit.*, 2017, p. 278.

mienta para obtener la definitiva recuperación de los activos producto de esa corrupción que sería la consecuencia plausible de todo decomiso.

Como explica GUILLERMO JORGE, estas acciones, además de encarecer costes, tienen una finalidad de evitar “(...) *que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales* (...)”²⁹⁴.

De esta manera, analizado el *comiso* autónomo o sea la *extinción de dominio* como forma incontestable de incrementar los costos de cualquier empresa criminal de naturaleza económica, y más propiamente de la corrupción, pues, no sólo los sujetos que participan directamente pueden ser objeto de la acción, sino también terceros que no tienen ningún vínculo con el delito enjuiciado; debemos revisar cómo opera en aquellos países en que ha sido puesto en vigencia. Esta peculiaridad debemos asumirla en razón que existen casos, como el español, donde hay claras diferencias entre el *comiso* directo (tradicional) y el *comiso* sin condena.

Lo que si queremos dejar en claro, preliminarmente, es que esta diferenciación se encuentra más que justificada, no sólo en la teoría de las dos velocidades del Derecho penal en nuestros días (que explicamos en el capítulo segundo), así como, lo dispuesto en la UNCAC en su artículo 54,1,c) y en menor medida en las otras Convenciones como observaremos más adelante.

Debemos recordar que la corrupción, el narcotráfico y las prácticas organizacionales criminales traen consigo *víctimas masivas*²⁹⁵ que sufren las deficiencias en las prestaciones de servicios o en el clima de seguridad jurídica por el desvío de recursos que presupuestariamente están imputados para estas funciones y no para ser apropiados por particulares de forma ilícita.

Toda víctima –sobresalientemente en los delitos de naturaleza patrimonial– requiere ser compensada²⁹⁶, y los fondos y bienes decomisados, en estos casos, engrosan a su fuente originaria en estos delitos: *las arcas*

²⁹⁴ JORGE, G. *La recuperación de activos de la corrupción*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2008, p. 90.

²⁹⁵ Véase lo ocurrido en Venezuela en: TRANSPARENCIA VENEZUELA. *La Gran corrupción y los derechos humanos en Venezuela*, Caracas, 2018 [<https://transparencia.org.ve/?s=gran+corrupcion>].

²⁹⁶ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Bogotá, 2009, p. 6.

públicas. Con estos elementos patrimoniales puede restituirse partidas u objetos que su causa original –y quizá única– era satisfacer necesidades generales de servicios.

Ahora bien, el *comiso* autónomo como bien lo indica SANTANDER ABRIL, es también una respuesta creada bajo el amparo de la economía neoinstitucional; que poco a poco se emancipa del Derecho penal²⁹⁷. Es también una medida correctiva (dentro del concepto de costes) pudiendo entonces ser aplicado de forma amplia, sea por tribunales o por vía administrativa, donde también requerirá un régimen procedimental y probatorio estricto y garantista²⁹⁸. Y su aplicación, no sólo se circunscribirá al tema de la lucha contra la corrupción, sino también, en el combate contra la legitimación de activos productos del narcotráfico y de la delincuencia organizada.

B. *Concreción en los instrumentos internacionales contra la delincuencia económica*

Entendido entonces que el *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* como su variante latinoamericana, es un mecanismo coadyuvante para censurar la delincuencia económica, más precisamente, a los delitos de corrupción, verificaremos cómo está consagrado en cada uno de los convenios analizados en el marco de la presente obra. Debemos partir por entender que el *comiso* se transforma de una *accesoriedad*, al asumir el mote de autónomo, en *sanción alternativa patrimonial* fundamentada en los Convenios que a continuación revisaremos sobre cómo contribuyó a la extensión del *comiso* en otras variantes más allá de la esfera penal.

a. *En la Convención de Viena de 1988*

Como indicamos, la CONVENCIÓN DE VIENA no contempla un *comiso* autónomo sino que concibe en su acepción tradicional o directo, al entenderlo como una privación con carácter definitiva de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente. Al hacer énfasis en lo “definitivo” de la decisión, alude directamente a la condenatoria penal como requisito *sine qua non*.

Como se explicó en las páginas precedentes, a pesar de la casi acérrima posición de la mayoría de expertos sobre el desconocimiento del *comiso* autónomo, en razón de los sacrosantos dogmas de la *presunción*

²⁹⁷ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 428-430.

²⁹⁸ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 13-15.

de inocencia y el derecho a la propiedad; es el primer antecedente sólido de carácter supranacional puesto en evidencia. Lamentamos que durante las reuniones de 1982, 1984 y 1988, la mayoría no acogió lo indicado por una minoría de expertos anglosajones, que señalaban la viabilidad de concebir el *comiso* autónomo tan igual como las *Unexplained Wealth Orders* (UWOs).

Lo que nos debe interesar para el tema del *comiso* autónomo, así como la *extinción de dominio*, en el contexto en estos tratados, es su *concepción pionera* en cuanto a cierto relajamiento al momento de la valoración probatoria. Como indica el artículo 5:

“(…) Artículo 5

DECOMISO

(…) Omis (…)

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de **invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso**, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos. (…)”
(negrillas y subrayado nuestro)

No puede negarse que una regla de este calibre, para 1988, significaba el quiebre de una larga tradición garantista, máxime, cuando abordamos una institución tan clásica como el *comiso*²⁹⁹.

b. *En la Convención de Palermo de 2000*

12 años después, la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (CNUCDOT 2000), repite la fórmula sobre el *comiso*, inclinándose por la figura tradicional. Sin embargo, repetirá el mismo tenor que la CONVENCIÓN DE VIENA sobre drogas en la materia probatoria, conminando a los Estados Partes para:

²⁹⁹ Sobre la inversión de la carga de la prueba y el comiso, véase GARRIDO CARRILLO, F. J. “Indicios, presunciones e inversión de la carga de la prueba: hacia una política de decomiso total, en: AAVV. *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cuevas*, Dykinson, Madrid, Vol. 2, 2018, p. 2027-2056. También, VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA. “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, *Revista de estudios europeos*, N° Extra 1, 2017, p. 94-105.

“(…) Artículo 12. Decomiso e incautación

(…) Omisión (…)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de **exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso**, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas. (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

La CONVENCIÓN DE PALERMO es mucho más amplia porque si bien el término “demostrar” está vinculado con la carga de la prueba, queda abierto para que los legisladores innoven en otras figuras sin caer en la polémica sobre la constitucionalidad o no de dicha regla, máxime, cuando el principal obstáculo para la implementación de estas figuras, son las tradiciones constitucionales de los países acostumbrados a los cánones del Derecho penal liberal.

c. *En la Convención de Mérida de 2003*

Como observamos, el texto de los tratados va sufriendo una evolución considerable. En los dos primeros de los citados *ut supra*, se muestra a favor de la concepción tradicional del *comiso*, aunque, *el llamamiento* a la inversión de la carga probatoria o a la “plena demostración del origen del bien”; abrirían las puertas para incubar al *comiso* autónomo posteriormente concreto en UNCAC.

Será con la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (UNCAC 2003), cuando expresamente se contemple, tal como establece su artículo 54.1, c), en los siguientes términos:

“(…) Artículo 54. Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso.

1. Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

(…) Omisión (…)

c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el **decomiso de esos bienes sin que medie una condena**, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por

motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. (Negrillas y subrayado nuestro) (...)"

Nos invita el tratado para que se “permitan el decomiso de bienes sin que medie una condena”. La naturaleza de la condena es evidentemente la de tipo penal. Con este documento internacional, se han dado los pasos más agigantados para combatir la delincuencia económica, tomando en cuenta la regularización de una nueva forma de comiso: *el autónomo o sin condena*.

Abre también, como fundamento, para trasmutar la figura tradicional del *comiso* hacia una sanción alternativa patrimonial. Lo importante es la comprensión que los Estados deben sopesar sobre estas soluciones, ya que, las mismas escapan de sus correspondientes políticas criminales. Debemos recordar que el combate contra flagelos como la corrupción, parte por aceptar que existen organizaciones con capacidad de rebasar la propia arquitectura punitiva estatal.

Así como la criminalidad económica se potencia con la globalización, también los Estados encuentran mecanismos globales para enfrentarla en cualquier de sus diferentes ámbitos y frentes.

2. *Aproximaciones conceptuales del comiso autónomo y sus diferentes acepciones asumidas en la legislación comparada*

Los documentos analizados en el subepígrafe anterior, nos permitirán responder a la pregunta ¿de dónde surge el *comiso* autónomo? Pero, tal como se verifica en el tenor textual, ninguno de los convenios define cómo deben ser dichos *comisos*. Solo se limitan a expresar “sin que medie condena”, como indica UNCAC 2003. Sólo en el caso de *extinción de dominio* es que un documento lo define globalmente, específicamente, con la LEY MODELO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO de 2011 concretado por la UNODC, de la cual, analizaremos con detenimiento en el capítulo cuarto del ensayo. Por ello, revisaremos cómo la legislación de algunos Estados, receptores de dichos tratados, han concretado el cómo será ese “*sin que medie condena*”.

A. *Aproximación definitoria*

Lo anterior nos obliga a la precisión conceptual, en tanto, como reparamos en las páginas anteriores, el *comiso* posee una raíz terminológica que ha sido *aprovechada con indisciplina*. Al sumarse la existencia de otras modalidades corremos el peligro de incrementar la inseguridad terminológica, hasta el punto que, puedan abrirse serias dudas sobre su ca-

rácter “autónomo” en razón de una disputa lingüística que no podemos dar cabida. Por ello en este capítulo sólo precisaremos qué es el *comiso* autónomo, un vocablo que asume múltiples concepciones.

Por ello, vamos a precisar las principales aproximaciones conceptuales del *comiso* autónomo y sus diferentes acepciones para así construir una noción común extensible para el fundamento de un *comiso* autónomo en Venezuela. De esta forma, podríamos asumirlo de forma inequívoca evitando las controversias surgidas en España luego de su inclusión en la reforma penal de 2015. El *comiso* autónomo también puede ser conocido como “decomiso civil”, “decomiso *in rem*”, “decomiso objetivo”, o como “acción de extinción de dominio” (Colombia), dependiendo de la legislación y sistema característico.

Hechas estas advertencias, he allí la razón por la que justificamos este apartado, no para construir un collage de definiciones del *comiso* autónomo, sino para aproximarnos a un concepto consensuado que facilite herramientas para su mejor construcción o depuración en la legislación que lo acoja, ello, en el marco internacional de los tres convenios descritos, adoptado por los Estados para tal fin. Por ello, entendemos que para aproximarnos conceptualmente debemos tomar en consideración los tres rasgos o notas resaltantes del instituto bajo análisis.

En primer lugar, citando la obra de GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L., partimos por comprender la existencia de dos tipos de *comiso* con un mismo fin que es la *apropiación de los instrumentos y réditos del crimen*³⁰⁰. Los califican por un lado como “el penal” y la recuperación de activos (*in rem*). El primero (el directo o clásico) es el primigenio y por ende el que debe operar en todo proceso de enjuiciamiento criminal. Mientras tanto, el segundo, sería como una suerte de acción “subsidiaria”, que procedería en los siguientes casos:

“(…)

- El delincuente es un fugitivo y la condena penal no es posible si el acusado es un fugitivo.
- El delincuente está muerto o muere antes de la condena. Con la muerte finalizan los procesos penales.
- El delincuente es inmune al proceso penal.

³⁰⁰ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 9.

- El delincuente es tan poderoso que una investigación o proceso penal es irrealista o imposible.
- El delincuente es desconocido y se hallan los activos (por ejemplo, activos hallados en manos de un mensajero no involucrado en el delito penal). Si el activo se deriva del crimen, un propietario o delincuente no puede estar dispuesto a defenderse en procesos civiles de recuperación por temor a que esto le conduzca a un proceso penal. Esta incertidumbre hace que sea muy difícil, si no imposible, un proceso penal contra un delincuente.
- La propiedad pertinente la mantiene un tercero que no ha sido acusado de delito penal, pero sabe –o se hace el desentendido– de que la propiedad está manchada. Aunque el decomiso penal no pueda llegar a la propiedad mantenida por terceros de buena fe, con el decomiso de activos NCB sí puede decomisarse sin una defensa de buena fe.
- Existe evidencia insuficiente para proseguir con un proceso penal (...)³⁰¹

Si revisamos las hipótesis planteada por estos autores, entenderíamos en un primer lugar que lo *autónomo de lo penal* radica en que ésta última esfera conlleva una serie de garantías especiales de orden constitucional, que impediría la exacción de bienes de personas por las dificultades propias que el Derecho moderno ha contemplado para el proceso penal. Por ello, cuando falla el *comiso* directo, lo propio sería aplicar el autónomo (*in rem*), siempre y cuando se enmarquen en los supuestos legales descritos por la norma.

Sin embargo, albergamos algunas discrepancias con esta connotación, ya que, muchas veces, esperar a que falle el *comiso* directo daría pie a la destrucción de pruebas o pondría sobre aviso al resto de cooperadores de quienes se benefician de la delincuencia económica, para así evitar ser juzgados por vías diferentes a la civil. El *comiso* autónomo puede también ser *complementario* como acción presente sin requerir agotar el *comiso* directo o tradicional y evitar la impunidad patrimonial. Debemos recordar que la actividad criminal económica está enmarcada dentro de la *teoría de*

³⁰¹ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 11.

las elecciones racionales (TER), y por tanto, quienes lo cometen parten por la máxima previsión de sus actuaciones³⁰².

En segundo lugar, destacamos que el *comiso* autónomo posee una *relativa independencia con respecto a la naturaleza penal*. En efecto, el *comiso* autónomo es regulado en diferentes países, como es el caso de Colombia, con el mote “extinción de dominio”, haciendo siempre hincapié en su carácter no penal, tal como se explicará en el capítulo cuarto de este libro. Ahora bien, al respecto, compartimos la tesis de GUILLERMO JORGE que analiza ambas figuras, atribuyéndoles siempre (al *comiso* directo y al autónomo) dentro de la esfera penal pero con connotaciones procesales totalmente diferentes³⁰³.

Es decir ambos comisos buscan perseguir, prevenir y ejemplarizar contra el delito, más sin embargo, la forma para poner en marcha sus mecanismos sí cambiarían, pues, el *comiso* tradicional sería siempre abordado como una acción de naturaleza penal (*in personam*), y el autónomo como una acción *in rem*. Al abordarse de esta forma, se aplicarían entonces estándares probatorios y principios que rigen procedimientos civiles o administrativos de menor exigencia que los mínimos penales³⁰⁴.

La diferenciación –la explica GUILLERMO JORGE– en razón del análisis que realiza sobre la jurisprudencia del TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHO HUMANOS (TEDH), el cual ha realizado el tratamiento del instituto acordándole que su:

³⁰² Sobre este particular, explican GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 12-13., lo siguiente: “(...) *El decomiso de activos NCB puede ser particularmente eficaz para despojar al políticamente corrupto de los frutos de sus crímenes y restaurar los fondos a los ciudadanos del Estado víctima. Aunque el decomiso de activos NCB nunca debería sustituir al proceso penal, en muchas instancias (particularmente en el contexto de la corrupción oficial), el decomiso de activos NCB puede constituir la única herramienta disponible para recuperar los productos de esos crímenes y exigir alguna medida de justicia. La influencia de los funcionarios corruptos y otras realidades prácticas puede impedir investigaciones criminales totalmente, o hasta después de que el funcionario haya muerto o huido. No es raro que un funcionario corrupto que robe a un país intente obtener también inmunidad en un proceso. Puesto que el sistema de decomiso de activos NCB no depende de una condena penal, puede proceder al margen de la muerte, huida o cualquier inmunidad que pueda gozar el funcionario corrupto (...)*”.

³⁰³ JORGE, G. *Ob. cit.*, 2008, p. 72.

³⁰⁴ JORGE, G. *Ob. cit.*, 2008, p. 73.

“(...) naturaleza penal o civil del decomiso no dependía ni del procedimiento ni del fundamento utilizado en los debates parlamentarios; sino, sobre cómo estuviera regulado el concepto de ‘producto del delito’ así como de las consecuencias que se derivan del incumplimiento del comiso (...)”³⁰⁵.

Para el TEDH, será capital para atribuir carácter civil o penal, si la legislación autoriza el decomiso del “producto bruto” o si permite deducir los costos incurridos para la comisión del delito (producto neto). Si sólo procede sobre las ganancias, previo descuento de costos, entonces, el decomiso será de carácter civil. Si por el contrario, ocurre sobre la totalidad de lo incautado, sin cuidar si se deducen otros gastos, será indudablemente penal³⁰⁶.

No estamos de acuerdo con esta distinción formulada por el TEDH, en razón que la naturaleza jurídica del *comiso* autónomo, sobre todo en los delitos de corrupción, sí tienen un asidero civil en una institución de larga data en el derecho de daños como es el enriquecimiento sin causa. Además, como señala VARGAS GONZÁLEZ, hacer recaer en el peso del concepto entre “bienes brutos o netos”, sería formular una distinción hermenéutica que no aparece en ninguna de las convenciones³⁰⁷, ni la de Viena, ni la de Palermo ni mucho menos la de Mérida (UNCAC).

En tercer lugar, otorgar un carácter diferenciado al *comiso* autónomo del directo, estriba en lo que SANTANDER califica *el enfoque real, donde no se desarrolla ni bajo procedimiento penal ni por el civil*³⁰⁸. Es una acción al margen de la persecución penal que **centra el cuestionamiento en los atributos del derecho de propiedad**, y no en la valoración de la conducta y responsabilidad penal de los titulares de los derechos discutidos³⁰⁹. Al desviarse hacia el tema de los derechos reales, este *comiso* autónomo buscará el cuestionamiento de la licitud de la propiedad, en razón que ésta última está sometida a cometidos constitucionales y no a su sabor

³⁰⁵ JORGE, G. *Ob. cit.*, 2008, p. 75.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 146.

³⁰⁸ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 487.

³⁰⁹ *Ibid.*

quiritario original. Lo importante será verificar los presupuestos de adquisición y correcto ejercicio de la propiedad³¹⁰.

Visto entonces los tres rasgos característicos del *comiso* autónomo (*in rem*), nosotros la definiríamos así:

Acción judicial de naturaleza civil, de carácter patrimonial por la cual el Estado, en ejercicio de funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas con la corrupción, priva a los particulares de la propiedad de sus bienes sin requerimiento de una condenatoria penal previa, una vez cubierto los extremos previstos en la legislación especial diseñada bajo parámetros internacionales sobre la materia.

Primero, *es una acción judicial*. Para preservar las mínimas garantías constitucionales, que en los estados sociales de Derecho se concentra en la actividad jurisdiccional, debemos encasillarla dentro de la esfera de un proceso judicial. Como explicamos, por más que aceptemos la presencia de un Derecho penal a dos velocidades, donde en los tipos de delitos relacionados a penas no privativas de libertad se relajen los principios y garantías, así como reglas de imputación; no implica que se descarte el proceso judicial como el mejor escenario sin que genere sospechas.

Por otra parte, sabemos, –sobre todo en América Latina–, de la perniciosa tradición de poderes ejecutivos omnipotentes que se inmiscuyen, sin limitaciones algunas, a la hora de privar a los ciudadanos de sus derechos. Así, calificarla como acción judicial otorgaría un mínimo de garantías y estabilidad³¹¹.

Segundo, es de *naturaleza civil patrimonial*. Como lo explicaremos *infra*, esta calificación facilita la autonomía del *comiso* del cordón umbilical penal, como expresa SANTANDER³¹². Lo patrimonial implicaría enfocarlo desde el derecho de las obligaciones, más precisamente con instituciones eficientes con resultados paralelos como es el caso del *enrique-*

³¹⁰ *Ibid.* Es de destacar, que en materia urbanística existe una clara referencia a la legitimidad de la propiedad para así poder disfrutar del aprovechamiento urbanístico y ser sancionado cuando no se cumplen las cargas urbanísticas previstas en la Constitución y la legislación especializada. En las sanciones urbanísticas poco importa quién es el propietario, quien incurre en tales ilícitos es la propiedad. Para más detalles, véase PAREJO ALFONSO, L. *La disciplina urbanística*, Iustel, Madrid, 2012, p. 56-60.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 83.

³¹² SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 488.

cimiento injusto que en legislaciones como la venezolana se le conoce como “sin causa”, figura de vasta tradición en los países tributarios del Código Civil francés de 1804³¹³. En esta forma generadora de responsabilidad civil, se demanda porque en el negocio jurídico una de las partes ha visto incrementar su patrimonio sin que medie una causa que es el fundamento del contrato.

Tercero, el *Estado la ejerce en ejercicio de sus funciones constitucionales de prevención de actividades criminales asociadas a la corrupción*. A pesar de su emancipación del proceso penal, el *comiso* autónomo es una consecuencia de la política criminal del Estado que busca evitar a toda costa que el enriquecimiento ilícito se instale como forma para obtener ganancias. Como bien lo precisa GUILLERMO JORGE, el principio “nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas”³¹⁴, ilumina –desde el origen del *comiso*– las directivas criminales de los Estados en materia anticorrupción.

El *comiso* cumple también un papel *preventivo*, en razón que al encarecer los costes delictuales por gravitar sobre cualquier persona –natural o jurídica– la amenaza de la privación de la propiedad coloca sobre el tapete de los criminales la opción de ejecutar el acuerdo o no. Ningún bien puede ser empleado para el perjuicio de la sociedad, y por tanto, el Estado está obligado a impedirlo a cualquier costo.

Cuarto, *privación de la propiedad de bienes a personas*. Esta privación difiere de otras instituciones similares como la confiscación, la incautación, la expropiación, el aseguramiento de bienes y la recuperación de activos. Lo importante estriba en la capacidad de extender dicha exacción hacia las personas jurídicas, que en materia criminal, ha conllevado múltiples polémicas no resueltas todavía en el Derecho penal³¹⁵. Máxime, al no tener claro el horizonte en el penal general venezolano, poco más

³¹³ Al respecto, véase ROCA SASTRE, R.M. y PUIG BRUTAU, J. *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y Contratos*, Aranzadi/Thomson Reuters, Vol. I, Madrid, 2009, p. 572.

³¹⁴ JORGE, G. *Ob. cit.*, 2008, p. 67.

³¹⁵ Al respecto, véase BACIGALUPO, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Editorial, Madrid, 1998. ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. DURRIEU, N. (Dir.) y SACCANI, R. (Dir.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, La Ley editores, Buenos Aires, 2018.

sería complicado la vinculación de las mismas en los delitos contra la corrupción³¹⁶.

Quinto, *basado en elementos objetivos previstos en la legislación bajo parámetros internacionales*. Quizá sea uno de los puntos más decisivos del *comiso* autónomo, ya que, su aplicación al no requerir una condena penal previa, así como tampoco mediar una causa de utilidad pública para privar del derecho de propiedad sobre unos bienes; exigiría del legislador la mayor escrupulosidad al momento de plasmar en la norma cuáles serían los elementos para que el juez pueda determinar el *comiso* autónomo. En efecto, consideramos que el mayor éxito de esta institución se centra en una clarificación legislativa sobre cuáles elementos probatorios, indicios y presunciones debería ponderar el juez al momento de entablarse esta acción de privación de la propiedad contra los particulares.

Por otra parte, estos elementos tampoco pueden responder a los caprichos del legislador, cuando estamos en presencia de un flagelo de magnitudes incalculables por la apropiación de recursos que originalmente su finalidad es para el desarrollo de las sociedades³¹⁷. Nos explicamos. Si bien es cierto los tratados internacionales no ordenan a los Estados que los suscriben la adopción “automática” de sus contenidos, sino que sirven como referencias; no puede alegarse razones de soberanía para incorporar arbitrariamente lo que debería calificarse como *comiso* autónomo. Para ello, existe a nivel del Derecho comparado suficientes sistemas, que coadyuvarán en la construcción de un *comiso* autónomo que no pierda su norte en materia de lucha contra la delincuencia económica: *encarecer los costes de la misma*.

B. *Naturaleza jurídica del comiso autónomo*

Vista esta aproximación al término “comiso autónomo”, es necesario verificar cuál es su naturaleza jurídica, pero, no desde la óptica de la institución del *comiso* en general como en efecto fue desarrollado en páginas precedentes, sino, desde el instituto nuevo más allá sobre su consideración como acción. No queremos por otra parte, hacernos eco de lo previsto en la jurisprudencia del TEDH, pues como lo determinamos, poco

³¹⁶ Véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N. *Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en: AAVV. *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Ediciones de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 417-482.

³¹⁷ JORGE, G. *Ob. cit.*, 2008, p. XIV-XVI.

coadyuva en la concreción de una naturaleza jurídica propia del *comiso* autónomo, que es en sí, nuestro objeto de estudio este ensayo.

Lo que si estamos contestes es que el péndulo de la nueva institución gira entre la *teoría de la accesoriedad penal* y la *teoría del enriquecimiento injusto*, ésta última, de carácter eminentemente civil, más específicamente, en lo relativo al derecho de daños. Su precisión es capital porque derivarían reglas propias o se asimilarían otras, éstas, consolidadas en siglos.

Lo importante es que sea un mecanismo útil y efectivo para el combate contra la criminalidad organizada globalizada y no se transforme, en lo que denuncia SANTANDER, en una “figura desfigurada” y tentadora de los Estados para echarle mano al patrimonio de los particulares³¹⁸.

Debemos partir entonces que el *comiso* autónomo puede adquirir múltiples naturalezas en razón del ámbito de aplicación dentro del contenido propio de los delitos económicos regulados internacionalmente. Esto nos lleva obligatoriamente a precisar tres aspectos claves para entender las razones por las cuales oscilará el *comiso* entre la *teoría de la accesoriedad penal* y la *teoría del enriquecimiento injusto*.

Primero, la razón para encuadrar la naturaleza jurídica dentro de una teoría no es más que responder a la pregunta ¿qué es?. La respuesta será capital, pues, dependerá de la misma para atribuirle una determinada legislación en aquellos casos donde no exista una norma específica. Por ejemplo, si entendemos al *comiso* autónomo en materia de drogas o en delincuencia organizada, se encuadrará como una *accesoriedad penal*, es decir, que todo el régimen jurídico determinado para el concepto de accesoriedad puede ser aplicado de forma supletoria. En el caso de la corrupción, al asumir la *teoría del enriquecimiento injusto o sin causa*, entonces, las reglas previstas en el Código civil sobre dicha institución serían aplicables en los casos de *comiso* autónomo.

Segundo, el ejercicio teórico sobre la naturaleza jurídica en ningún caso puede representar la elucubración de tesis sólo para responder a determinados caprichos de la doctrina. Tampoco es una muestra de erudición, pues, como ya vimos, estamos en presencia de un instrumento que es requerido ante la gravedad que reviste los delitos económicos, más

³¹⁸ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 431.

propriadamente, sobre los daños ocasionados de forma periódica por la lacra corrupta.

Tercero, el *comiso* autónomo tiene la capacidad de incorporarse dentro de la categoría de instituciones y conceptos que asumen naturalezas poliédricas, es decir, que pueden participar de dos o tres modelos teóricos dependiendo del ámbito de aplicación. Esto se deduce de los tratados internacionales abordados a lo largo del ensayo, donde, se puede perfectamente entender la evolución que desde 1988 ha sufrido el *comiso*. Es por ello que, pretender sólo imputarle una única naturaleza jurídica al *comiso* autónomo, sería desconocer su esencia.

Recapitulando partimos entonces de la necesaria oscilación pendular del *comiso* autónomo entre la *teoría de la accesoriedad penal* y la *teoría del enriquecimiento injusto o sin causa*, dependiendo de los ámbitos de su aplicación. Sobre la *extinción de dominio*, ésta a pesar de ser un *comiso* autónomo, posee estructura y naturaleza especial dada la focalización geográfica de la misma. En Europa no se asume este concepto, dado el peso de la tradición y clima cultural del profesorado y medios forenses.

a. *La tesis de la accesoriedad penal*

Como lo observamos *ut supra*, la tesis de la accesoriedad penal se impuso en España con la reforma del Código penal en 1995, ello, en el marco de la influencia germánica que contempla el denominado tercer género³¹⁹. Si bien no requiere el *comiso* autónomo una condenatoria penal previa, al hablar de “accesoriedad” nos introduce en la imprescindible vinculación con un proceso penal.

Como se indicó, si bien es la teoría más extendida en las legislaciones de habla hispana, también conlleva un problema relacionado a cómo concibe el juez penal el sistema de garantías así como las reglas de imputación. Ello es relevante por cuanto, si se aplicaría las mismas como lo formula el Derecho penal clásico, el *comiso* autónomo estaría siendo golpeado en su línea de flotación, y por ende, el peligro de manejarlo tan igual como el *comiso* directo.

³¹⁹ ZARAGOZA AGUADO, J. *El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 5^a edición, Washington D.C., 2017, p. 363.

Dentro de esta categoría, como indica RAMÓN RIBAS³²⁰, debe encuadrarse toda tipología de *comiso*, sea de instrumentos, objetos o productos del delito. Nosotros somos de la tesis, en razón de lo dispuesto en el artículo 127 TER del Código Penal español, en principio, el *comiso* autónomo es de naturaleza accesoria, vinculado a un proceso penal aunque no presuponga una sentencia condenatoria; aunque, en la medida que se modifique la legislación, apuntará más hacia su transformación como de naturaleza patrimonial.

Establece el artículo 127 TER. del Código Penal español, las hipótesis donde debe ser aplicado el *comiso* autónomo, más sin embargo, cuando se escudriña en su redacción, poco explica la naturaleza jurídica. Por ello, se echó mano a la teoría germánica de la accesoriedad para colocarle un mote, que explica muy bien los casos del *comiso* autónomo en casos de drogas o de delincuencia organizada, e inclusive, pudiera ser aplicado en algunos casos de corrupción. Más sin embargo, no otorga una respuesta concluyente que vaya más allá de hipótesis regulada por la norma penal en el fenómeno más complejo de la corrupción, máxime, cuando se ha reconocido la existencia de los *Acuerdos corruptos*.

b. *La tesis del enriquecimiento injusto o sin causa*

La segunda teoría para abordar el *comiso* autónomo es incardinarlo como una institución civil (*in rem*), más propiamente, dentro de la *teoría de la responsabilidad civil*. Aunque para la extinción de dominio resulte evidente, sólo este es aplicado en la legislación latinoamericana, cuando el resto del mundo, se usa el término *comiso* autónomo. Por ello, esta explicación teórica que pudiera lucir de perogrullo para la *extinción de dominio*, para el *comiso* autónomo no es así.

Esto, en principio, pudiera ser fácil al momento de evaluar el *comiso* autónomo en la materia anticorrupción, más, resulta difícil precisar dentro de esta tesis, cuando lo observamos para materias como el narcotráfico o el terrorismo. En efecto, en anticorrupción tiene asidero en razón que el *Acuerdo corrupto* parte como un enriquecimiento injusto, también denominado sin causa. Pero, en otras materias, como narcotráfico o terrorismo, lo que existe es una conducta típicamente antijurídica, no un acuerdo corrupto. De allí la dificultad de encuadrar de forma omnicompreensiva, al *comiso* autónomo como de naturaleza patrimonial civil en puridad.

³²⁰ RAMÓN RIBAS, E. “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria”, *Estudios penales y criminológicos*, N° XXIV, 2002-2003, p. 532.

Esto se deriva de lo que expresamos sobre la verificación de los denominados *Acuerdos corruptos*, que si bien son ilícitos y al margen de la ley, no por ello no dejan de ser negocios jurídicos, y por tanto, un contrato donde lo que realmente se verifica es que su causa es ilícita o muchas veces inexistente.

Ya es consolidado a nivel del Derecho civil las consecuencias que trae consigo un contrato o negocio jurídico sin causa³²¹, así como, cuando ésta es ilícita o no reconocida por la legislación³²². Es por ello que los “Acuerdos corruptos” conllevan a la disposición patrimonial de bienes que no le pertenecen a ninguna de las partes del negocio corrupto, pues, no es lícito que se obtengan beneficios a costa del patrimonio público cuando sus fines están perfectamente destinados tanto en la legislación, los reglamentos y demás actos administrativos, así como, en el caso de los recursos fiscales, imputados a una finalidad a través de la ley de presupuesto según sea la administración (nacional, regional o municipal).

Sobre esta postura existe cierta oposición en la doctrina calificada sobre la materia de lavado de activos³²³, que parte por retomar las ya superadas tesis *anticausalistas* sostenida en la literatura iuscivilista, más específicamente por ERNST, TIMBAL, LAURENT, PLANIOL, DABIN, GIORGI, CHIRONI, en la cual, planteaban que la causa era falsa e inútil³²⁴. Al respecto, debemos recordar que también las tesis anticausalistas que hicieron su papel a principios del siglo XX, *cayeron en desuso*, pues, el sentido

³²¹ Al respecto, véase MESSINEO, F. 1962, *Doctrina General el Contrato*, Ediciones EJE, Vol. I, cap. II, n° 12, Buenos Aires, 1962, p. 116.

³²² Al respecto, véase MARTY, R. y RAYNAUD, P. *Droit civil*, Sirey, París, 1962, n° 126, p. 118, n° 195, p. 178. RIPERT, G. y BOULANGER, J. *Traité de Droit civil*, LGDJ, París, 1957, Vol. II, n° 300, p. 122. MAZEAUD, H.L. Y J. Lecciones de Derecho civil, Ediciones EJE, Parte II, Tomo I, n° 161, Buenos Aires 1960, p. 131 y n° 282, p. 229.

³²³ FABIÁN CAPARRÓS, C. *Internacionalización del Lavado de Activos e Internacionalización de la Respuesta*, En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 5^{ta} edición, Washington D.C. 2017, p. 50. El autor en ciernes expresa: “(...) *Por otra parte, el causalismo como requisito de validez de los negocios jurídicos se encuentra en franco retroceso en nuestro entorno jurídico. De la mano de las nuevas tendencias europeas, asistimos a un progresivo proceso de objetivación en este ámbito cuyo final puede llevarnos a prescindir de este elemento, hasta ahora esencial (...)*”.

³²⁴ PLANIOL, M. *Tratado elemental de Derecho civil*, Editorial Cajica, Vol. II, n° 1037 a 1039, Puebla-México, 1945.

inútil y falso de la causa era para la noción tradicional de la misma, heredada de la glosa y posglosa donde no existía una diferenciación entre la causa final del contrato y los motivos para crear una obligación, antigua piedra angular en DOMAT³²⁵ y POTHIER³²⁶.

Por causa se entiende, en el derecho de las obligaciones contemporánea, la *función económica-social del contrato*, donde su utilidad estribaría sobre todo en explicar la sancionabilidad jurídica de las promesas y de esta manera, permitir la tipificación de los contratos. Es la causa la que permite a la justicia contractual determinar el proceso de calificación, es decir, saber ir más allá de la voluntad de las partes. En la calificación contractual, se establece la operación intelectual por la que determina si un negocio jurídico particular se corresponde con alguna de las variedades contractuales tipificadas en la legislación, con el objeto de aplicar posteriormente las regulaciones y consecuencias que dicha regulación establece sobre el contrato. Es el *nomen iuris*, tal y como señala MESSINEO³²⁷.

Visto entonces que la noción de causa sigue siendo de vital importancia para la justicia contractual, y superadas las objeciones de los anticausalistas que tuvieron su tiempo de vigencia con la obra de PLANIOL; es necesario tomar como referencia este elemento indispensable en la formación de los contratos, máxime, cuando estamos haciendo referencia al *Acuerdo corrupto*. Éste último, un negocio jurídico en su puridad, con la diferencia, que su causa es ilícita.

Este hecho nos lleva automáticamente a plantearnos que el comiso autónomo sea de naturaleza civil, *siempre en materia anticorrupción*, indistintamente si existen otros motivos para calificarlo así, como explica GUILLERMO JORGE al estudiar el origen de esta tipología de *comisos sin condena*, que comenzaron a aparecer en la legislación antimafia italiana (1965) y que se extenderían con éxito al Derecho angloamericano durante la década de los 60 del siglo pasado³²⁸.

³²⁵ Véase MARTY, R. y RAYNAUD, P. *Ob. cit.*, n° 190, 1962, p. 172.

³²⁶ Véase CAPITANT, H. *De la causa de las obligaciones*, Analecta, n° 78, Madrid, 2005, p. 160.

³²⁷ MESSINEO, F. *Ob. cit.*, 1962, p. 102.

³²⁸ JORGE, G. *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*, Universidad de San Andrés-Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2009, p. 46.

Partimos entonces que existe un “*Acuerdo corrupto*” que implica, en buena parte de la tipología de los delitos contra la corrupción, la apropiaciones de bienes o recursos públicos que tienen una finalidad instaurada. Una de las partes del *Acuerdo corrupto* es el funcionario que tiene un vínculo con el Estado, que sea cual sea, dependiendo de la legislación sobre carrera administrativa en cada país, no lo autoriza para disponer como le venga en gana los efectos patrimoniales que se encuentran bajo su responsabilidad ni para provecho propio ni para terceros.

Esto conlleva a detenernos en diferenciar el *comiso* autónomo cercano a una institución civil y su definición aportada *ut supra*, del llamado *comiso ampliado*, que como bien lo explica DÍAZ CABIALE, éste último es imposible que se convierta en una institución civil³²⁹, ya que:

“(…) Consiguientemente, a su entender, si así lo decide el legislador, no existe la necesidad de respetar la presunción de inocencia y el decomiso puede entenderse como una institución civil. Por eso la cita o toma aislada de sus pronunciamientos induce a confusión. La cuestión es que en nuestro país [España] se sigue el modelo continental: el decomiso se acuerda por un tribunal penal en un proceso de dicha naturaleza. Y, esto es lo decisivo, la decisión de privar de los instrumentos o productos del delito es el resultado del ejercicio de una potestad pública que el Estado hace valer en aquel proceso con unas finalidades también públicas retributivas y de prevención general y especial. **El Estado no ostenta ningún derecho subjetivo o interés legítimo privado sobre aquellos bienes a resultas de la actividad delictiva.** Y esta realidad jurídica elemental no la puede cambiar ni el tribunal ni legislador alguno. Eso sí, éste, para huir de las garantías del proceso penal, puede crear artificialmente (cuenta con las bendiciones del TEDH) una acción con aquel contenido que se haga valer ante un tribunal civil mediante un proceso civil, pero nunca ostentará dicha naturaleza (la misma que, e.g., tiene la pretensión de ilegalizar un partido político). Porque, como explicamos en otro lugar, al tratarse de entes de razón, aunque con fundamento *in re*, las instituciones jurídicas no gozan de una naturaleza o esencia previa inamovible sino que ostentan aquélla que resulta de los atributos que le otorga el legislador en cada momento. Pero eso sí, el albedrío de éste va menguando en la

³²⁹ DÍAZ CABIALE, J.A. “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 18-10, 2016, p. 43.

medida en que construye ámbitos de la realidad jurídica con unas cualidades específicas; así, una institución no será civil o penal por denominación con la que se le **califique sino por el conjunto de propiedades que la hacen formar parte de un determinado ámbito jurídico predeterminado por el propio legislador**. Si no mudan esas atribuciones no cabe cambiar la naturaleza jurídica de una institución (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Ciertamente el *comiso ampliado*, regulado en España³³⁰, está vinculado obligatoriamente a una condenatoria penal que determine responsabilidad, y que como su calificativo lo dice “ampliado” hacia terceros que no están condenados pero que en algún grado exige una vinculación a la actividad delictiva porque se “sospecha” que proceden de la misma salvo que se demuestre su procedencia lícita³³¹. Sin embargo, lo que estamos estableciendo en este subepígrafe, no es dicho *comiso*, sino el autónomo que se asocia a lo que en América Latina se conoce como “*extinción de dominio*”, ésta última vinculada al tema civil del **origen de la propiedad** pero con naturaleza *sui generis* como explica MANZANARES SAMANIEGO³³² y como lo ratifica la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO de 2011³³³.

Ahora bien, seguimos con el razonamiento que esgrime sobre la apropiación o desvío de bienes o recursos del Estado que sin alguna causa legítima o legal ha generado una atribución patrimonial no justificada en determinadas personas –funcionarios o terceros– que ante una situación también objetiva, no ha sido capaz de comprobarse penalmente que han cometido delitos de corrupción. Esto ha *generado un enriquecimiento injusto*, pero, penalmente no ha sido probada.

Frente a estas dificultades, fue que se concibió la necesaria concreción de un *comiso* autónomo civil tal como explica GUILLERMO JORGE³³⁴, desvinculado a cualquier proceso penal. Es acá donde podemos probar que su naturaleza se enmarcaría dentro de la institución civil, más especí-

³³⁰ Artículo 127 *bis* del Código Penal Español.

³³¹ DÍAZ CABIALE, J.A. *Ob. cit.*, 2016, p. 35.

³³² Véase MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal”, *Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, Vol. 1, 37/40, 1983, p. 244.

³³³ Artículo 2 de LMEDO.

³³⁴ JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ...2008, p. 88-89.

ficamente del *enriquecimiento injusto o sin causa*. Este último lo entendemos como aquel:

“(…) incremento patrimonial en una de las partes en una relación jurídica que conlleva, sin existir negocio jurídico alguno, el empobrecimiento de la otra sin que exista justificación amparada por el Derecho (...)”³³⁵.

Su nota esencial radica entonces en lo que supone la restitución por razones de una justicia objetiva, pues, en los contratos y negocios jurídicos –a diferencia de las liberalidades como la donación– nadie los suscribe para empobrecerse, a menos que, sea para simular o defraudar a terceros. De allí que PLANIOL y RIPERT planteen que el término correcto sea “(…) *enriquecimiento a costa ajena sin causa legítima* (...)”³³⁶, quizá buscando el paralelismo más cercano con aquella expresión del Digesto: “(…) *No es conforme a la justicia que uno se lucre con daño de otro, o que uno sufra un daño por el lucro ajeno* (...)”³³⁷ o bien “(…) *Es conforme al derecho de la naturaleza que nadie pueda enriquecerse en detrimento y con injusticia para otro* (...)”³³⁸.

En el caso de marras, partimos que existe unas facultades y atribuciones competenciales a determinados funcionarios para que dispongan de bienes o administren la ejecución de las diferentes partidas presupuestarias de una dependencia oficial. En su ejercicio, ocurre la desviación de aquellos o favorecimiento a terceros violentando los procedimientos para tal fin –vgr. la licitación– para acceder a dichos recursos o bienes y de esta forma, proceder a una repartición de conformidad con lo pactado en el acuerdo corrupto.

De esta forma, suponiendo que se procese al funcionario y éste quede absuelto (penal o administrativamente) por cualquier causa o incidencia, pero, los bienes desaparecieron y las partidas presupuestarias se ejecuta-

³³⁵ Es la definición más o menos unitaria de la institución desde su aparición a finales del siglo XIX y su tratamiento en el siglo XX. Para más detalles, véase DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *La doctrina del enriquecimiento sin causa*, Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana/Depalma/Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2011. También, véase NUÑEZ LAGOS, R. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Editorial Reus, Madrid, 1934.

³³⁶ PLANIOL, M. y RIPERT, G. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Edición castellana de Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A., La Habana, 1935, p. 812.

³³⁷ *Digesto*, 23.3.6.2.

³³⁸ *Digesto*, 50.17.206.

ron formalmente, más sin embargo, denotó una desproporción entre lo efectivamente ejecutado y los costos reales de dicho contrato o servicio prestado trayendo consigo un desmejoramiento patrimonial de la Administración. Visto que es imposible decomisar penal o de forma ampliada estos bienes o recursos, sabiendo la existencia de sospechas que se presentó un “*Acuerdo corrupto*”, es que cabe el *comiso autónomo*.

El Estado ha sido víctima de un ultraje patrimonial que no tiene legitimidad en la causa, y esto obliga a perseguir los recursos y bienes en proporción al enriquecimiento de la persona que se ha aprovechado de los mismos. En este sentido, –y es acá donde el anticausalismo no tiene asidero– el Código Civil Alemán (BGB), en su § 822³³⁹ –siguiendo el criterio neocausalista de CAPITANT–, toman como referencia precisamente la causa para establecer cuándo existió empobrecimiento y su paralelo enriquecimiento, el desmedro patrimonial de uno hacia otro.

En Venezuela, a diferencia de España, el Código Civil contempla esta forma de generar obligaciones. Estatuye el artículo 1184 lo siguiente:

“(...) Artículo 1184.- Aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarlo, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido (...)”

Tras una auditoría, es perfectamente demostrable el empobrecimiento de la Administración a causa de un funcionario que se aprovechó de la misma, enriqueciéndose, pero, que por diversas razones es imposible de perseguir o condenar penalmente. Es allí donde, ante las fundadas sospechas que probatoriamente arrojaría dicha auditoría o un informe pericial sobre costos de determinados servicios u obras, pudiera el Estado solicitar el *comiso* autónomo debiendo desvirtuar esas presunciones el sujeto que se enriqueció, y dejar sin valor, las pruebas técnicas aportadas en el proceso.

Para ello, no se requeriría estar amparados bajo la jurisdicción (rectius: competencia) penal, sino que bastaría enmarcarlo como una acción civil ante tribunales civiles, o bien, como debería ser en Venezuela dada la inexistencia actual de una ley especial que regule el *comiso* autónomo, ante los tribunales contencioso-administrativos en razón de lo dispuesto

³³⁹ Usamos como referencia para esta investigación, la traducción del profesor ALBERT LAMARCA MARQUES. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2013. En igual sentido a lo previsto en el BGB, véase MALAURIE, M. P. *Les Restitutions en Droit Civil*, Éditions Cujas, París, 1991.

en los artículos 23.2, 24.2 y 25.2 de la LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (LOJCA)³⁴⁰. En efecto, en Venezuela, toda demanda de contenido patrimonial ejercidas por las Administraciones públicas, sin distinción de la causa, debe ser ventilada obligatoriamente por esta jurisdicción, a menos que, exista una atribución especial de competencia en la ley.

Con el enriquecimiento sin causa pudiera justificarse la naturaleza de este *comiso* autónomo civil, que como se indicó, en muchos países lleva por título el de “extinción de dominio”, éste último término, sin problemas en cuanto a su calificación y naturaleza. El problema estriba en aquellos países que no conforman el subcontinente latinoamericano, donde no conciben el término *extinción de dominio* sino de *comiso* autónomo.

Así, en aras de precisar lingüísticamente y evitar caer en la confusión categorial, verificaremos las diferentes tipologías de los *comisos* autónomos globales surgidos en estos procesos de expansión del Derecho penal a través de los convenios y tratados internacionales.

El único inconveniente que traería enmarcarlo dentro del enriquecimiento sin causa al *comiso* autónomo es que *no calzaría para la delincuencia económica que no fuera la calificada como corrupción*. Por ejemplo, en materia de tráfico de estupefacientes y sicotrópicos o bien para casos de terrorismo o delincuencia transnacional, resulta casi imposible determinar un enriquecimiento injusto en razón que ambas actividades no tienen ni un ápice o revestimiento siquiera de legalidad, mucho menos un “*Acuerdo corrupto*”.

C. Tipologías de *comisos* autónomos globales

Los especialistas SANTANDER³⁴¹ y JORGE³⁴² explican sobre inusitada –e imparable– expansión del *comiso* de sus moldes tradicionales, donde una multiplicidad de términos asaltan las legislaciones, siendo el más aceptado según BLANCO CORDERO, el de “*comiso sin condena*”³⁴³.

³⁴⁰ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (ordinario) n° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010.

³⁴¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 429.

³⁴² JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ... 2008, p. 73.

³⁴³ BLANCO CORDERO, I. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-16, 2017, p. 30.

No obstante, queremos en este punto precisar lo característico de cada término, cuando no, lo que denota es su origen y enfoque. Ratificado de esta forma, una separación del purismo lingüístico, pues, lo que sí debemos estar contestes es que la única expresión que debe ser desterrada es la de “*confiscación*”, ésta última, residuo de estadios históricos pre modernos.

a. *El modelo angloamericano*

El *comiso* autónomo de carácter civil posee raíces muy arraigadas en el contexto del Derecho angloamericano (*civil forfeiture*) donde las acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo, como apunta JORGE, del monto involucrado, el tipo de propiedad y si alguien puede responder a la demanda de decomiso³⁴⁴. No sólo es un medio sino también una sanción independiente con el fin de obtener a como de lugar la propiedad, aunque, tiene un rasgo característico en los Estados Unidos, y es el carácter preventivo del mismo³⁴⁵.

En el Reino Unido, las acciones *in rem* se le bautiza como *Unexplained Wealth Orders (UWOs)* (recurso de privación de bienes no justificados)³⁴⁶, que consisten en órdenes sobre el patrimonio que no puede ni explicarse ni justificarse su origen. Permite a las autoridades administrativas que un Juez dicte una orden para privar de sus bienes a una persona donde el patrimonio luce no sólo *injustificado*, sino, *injustificable*, en razón de la no existencia de proporcionalidad entre los ingresos y éste³⁴⁷. Rompe con el concepto tradicional de la carga de la prueba, ya que, es el titular de los bienes quien debe demostrar que proceden de fuente lícita.

En cuanto al procedimiento, JORGE indica que en el Reino Unido, el *comiso* civil está regulado como una *deuda del individuo* con la Corte o con la agencia gubernamental para la recuperación de activos³⁴⁸. En ningún caso –y es lo sobresaliente de la figura– no puede vincularse ésta deuda con noción penal de culpabilidad del deudor. Su procedencia se sustenta en un sistema de presunciones que siempre apuntará hacia los indicios más que hacia la plena prueba.

³⁴⁴ JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ... 2008, p. 91.

³⁴⁵ JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ... 2008, p. 92-93.

³⁴⁶ BLANCO CORDERO, I. *Ob. cit.*, 2017, p. 30.

³⁴⁷ BLANCO CORDERO, I. *Ob. cit.*, 2017, p. 31.

³⁴⁸ JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ... 2008, p. 95.

b. *El modelo español*

Finalmente, dentro del método comparativo que estamos empleando para cotejar el *comiso* autónomo, pasamos a revisar someramente los principales rasgos de su inclusión en el sistema legislativo español. Primero, podemos encontrar que asume el término internacional, denominándose *comiso sin condena*, ello para evitar cualquier alusión a los criterios civiles que rigen las UWOs anglosajonas o la *extinción de dominio* latinoamericana, ésta última, que abordaremos en el capítulo aparte siguiente.

El Código Penal español (art. 127 TER.) comienza por determinar en este *comiso* autónomo, que no es necesario una sentencia penal previa, y además, queda circunscrito a los siguientes supuestos:

- * Si el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el hecho de que pueda prescribir los hechos.
- * Si se encuentra en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable.
- * No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

Es importante acotar, que el *comiso sin condena* o facultativo es de carácter imprescriptible según lo indica el artículo 127.4 del Código Penal español. Lo importante, es que pueda demostrarse una situación patrimonial ilícita³⁴⁹.

c. *Características*

A manera de ejercicio pedagógico, pasamos a identificar los principales rasgos característicos del *comiso sin condena* en el modelo español. A pesar de sus críticas, donde muchas veces resalta que no es en sí el ideal del *comiso* que plantea la UNCAC 2003, sí existe una articulación de iniciativas que lo hacen “*sui generis*”, y que aportan una precisión quirúrgica sobre los indicios y presunciones que debe ponderar el juez en un proceso de esta naturaleza. De esta manera, pasamos a identificarlo a grandes rasgos así:

1. Se requiere la *existencia de una situación patrimonial ilícita* que envuelva los bienes cuestionados (por origen o destinación) en una situa-

³⁴⁹ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 213-219.

ción ilícita. Para ello, es requisito primigenio la determinación judicial de un ilícito de naturaleza penal. Según VARGAS GONZÁLEZ, el propósito siempre será restituir los bienes a una situación de licitud en cuanto a la distribución de bienes, perjuicios y beneficios³⁵⁰.

2. Que es *independiente de la declaratoria de responsabilidad penal*, pero, existe un vínculo estrecho con una conducta típicamente antijurídica que comprometa los bienes cuestionados. Esto es lo que realmente caracteriza al *comiso* sin condena español, flexibilizándolo de su forma originaria como pena accesoria³⁵¹.

3. Es *facultativo*, por tanto, no es consecuencia directa ni de un delito ni mucho menos obligatorio su interposición como acción judicial, puesto que, dependerá de los indicios probatorios aportados al proceso para así decretarlo o no por una autoridad judicial.

4. Es *garantista* en cuanto al derecho a la defensa. A diferencia del modelo anglosajón, se dan todas las garantías para enervar la pretensión del Ministerio Fiscal sustentada en la prueba indiciaria.

5. Debe *demostrarse el compromiso del titular de los derechos de propiedad*, con la circunstancia de *comiso*. Como indicamos, si bien no requiere de una condena penal, sí es necesario que se pruebe a través de indicios que el origen de esa propiedad o sus derivados, se encuentran dentro de una conducta ilícita, dentro del espectro o “estándar de prueba de balance de probabilidades”³⁵².

A pesar de esta claridad en sus componentes, somos de la tesis que el *comiso* sin condena español también asumirá una evolución en otra versión más agresiva y desafiante contra la criminalidad económica. Como lo indicamos al inicio del presente libro, los grandes problemas relacionados a narcotráfico, terrorismo, pero, por sobre todo al combate contra la corrupción; exigirá también una sobredimensión de las actuales instituciones penales eficaces y eficientes. Tal vez no asuma el ropaje latinoamericano de la *extinción de dominio*, pero, sí sería fecundo en esta lucha global un instituto mejor acabado que el actual de la reforma de 2015.

³⁵⁰ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 164.

³⁵¹ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 217.

³⁵² AGUADO CORREA, T. “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2014, p. 41.

d. *Tipologías*

A los efectos de establecer rasgos distintivos, tenemos un único tipo de comisos sin condena, en base a la reforma operada del Código Penal español³⁵³. Con respecto al *comiso sin condena propiamente dicho*, previsto en el artículo 127 TER. del Código Penal, su vinculación con el proceso penal será proporcional al requerimiento de indicios racionales de criminalidad.

Opera sobre los supuestos explicitados *ut supra* (sujeto fallecido, impedimento por enfermedad crónica, peligro de prescripción; sujeto en rebeldía; sujeto exento de responsabilidad criminal por extinción de la pena).

Sobre el *comiso de bienes pertenecientes a terceros*, que algunos autores lo califican como un tipo de *comiso* sin condena, en principio no es una variante del *comiso* autónomo, pero, en la práctica se ha transformado así. Este opera sobre las personas que no se les puede imputar como autores de un delito, así como mucho menos como copartícipes del mismo. Lo que requiere es conexidad con una investigación penal que otorgue, tal como apunta VARGAS GONZÁLEZ, reglas de experiencia, indicios y presunciones que facilitan el reconocimiento de elementos que gravitan sobre bienes cuyos titulares son terceros³⁵⁴.

Sobre este particular, vale destacar lo resaltado por SANTANDER en cuanto al papel del tercero, sobre todo, en los delitos económicos. Así, establece:

“(...) En los delitos de alta rentabilidad económica los delincuentes no obran con torpeza y, por tanto, no dejan el producto del delito a su nombre, **acudiendo a terceros y personas jurídicas que son utilizados como testaferros o prestanombres**, con quienes pretenden **neutralizar las acciones de comiso**; por ello se crea esta modalidad que va dirigida a identificar los poseedores de mala fe de bienes vinculados al crimen, circunstancias que al ser llevadas a un reconocimiento normativo, a pesar de sus limitaciones procesales, resultan de suma utilidad al momento de valorar la situación jurídica de los bienes de un tercero, ya sea en un proceso penal o como en una acción

³⁵³ ORTIZ MÁRQUEZ, J.M. *La prescripción y el comiso*. En: AAVV. *Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, Cuadernos penales José María Lidón nº 10, 2014, p. 98-100.

³⁵⁴ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 129.

de extinción de dominio, pues se enfocan a aspectos relacionados con el ámbito subjetivo que son aplicables a ambas figuras. (...)”³⁵⁵ (Negras y subrayado nuestro)

En un futuro, este tipo de comisos en España podrán sufrir modificaciones que lo acerquen, o bien a las *UWOs* anglosajonas o a la *extinción de dominio* latinoamericana. Quizá lo más razonable sea que las circunstancias y evolución de esta materia determine su propia identidad, puesto que, apenas han transcurrido cinco (05) años de haber sido incluidas en el Código Penal.

III. EL PROBLEMA INTERNACIONAL SOBRE EL RÉGIMEN PROBATORIO APLICABLE AL COMISO AUTÓNOMO Y EL MECANISMO DE LOS INDICIOS Y PRESUNCIONES

Como observamos, una de las características del *comiso* autónomo es la de basarse en un sistema probatorio donde los indicios y presunciones juegan un papel estelar. Tal como lo estudiamos, la CNUCTISS 1988 y la CNUCDOT 2000, introdujeron sensibles modificaciones en el régimen probatorio del *comiso* al conminar la *inversión de la carga probatoria*, aunque más adelante los especialistas coincidirían que esta técnica no es la más conveniente en razón que no se parte de una ausencia total de pruebas, sino que existe la plataforma inicial de *indicios o presunciones*, de las cuales se puede inferir por un desproporcionado incremento patrimonial, que como estudiamos al revisar la naturaleza jurídica, apunta hacia el enriquecimiento injusto o sin causa como le denominamos en América Latina. Allí fue que realmente se dio inicio a la concreción del futuro comiso autónomo determinado en la UNCAC 2003.

En efecto, el estándar de pruebas de *balance de probabilidades*, como apunta AGUADO³⁵⁶, implica establecer un equilibrio procesal que impida, por un lado, establecer un juicio sin garantías al debido proceso, y por el otro, una efectividad probatoria al no contarse con una sentencia penal definitiva que logre establecer la culpabilidad penal. Como los bienes consecuencia del delito o empleados para su cometido se enmarcan en el carácter “secreto” de la actividad criminal, conlleva a una dificultad probatoria adicional.

³⁵⁵ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 482.

³⁵⁶ AGUADO CORREA, T. *Ob. cit.*, 2014, p. 41. También, véase ROXIN, K. *Derecho procesal penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 112.

Para tal fin, se potencia en los juicios de *comiso* autónomo el denominado régimen de **indicios** que facilitarán el método de razonamiento por el cual conociendo un hecho comprobado (hecho base) podemos deducir un hecho desconocido (hecho presunto)³⁵⁷. A esto se le llama presunción³⁵⁸, que no es una prueba en sí, sino una forma deductiva de inferir convicciones en base a unos indicios que sí están probados como ciertos. La presunción es un nexo lógico que establece el juez, el cual, en el tratamiento del *comiso* sin condena, España ha regulado con precisión lo que SANTANDER denomina “presunciones de ilicitud”³⁵⁹.

Señala el autor en referencia que el Código Penal español, en su artículo 127 SEXIES indica las siguientes presunciones:

“(…)

1. Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de la apertura del procedimiento penal proceden de su actividad delictiva. A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

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

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

³⁵⁷ Véase, DURÁN SILVA, C. “Las presunciones legales iuris tantum en la figura del decomiso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 48, 2019, p. 3-4.

³⁵⁸ Al respecto, véase PASTOR ALCOY, F. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. GARRIDO CARRILLO, F.J. *Indicios, presunciones e inversión de la carga de la prueba: Hacia una política de decomiso total*, en: SUÁREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E. (Coordinadores) *Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cuevas*, Dykinson, Vol. 2, Madrid, 2018, p. 2027-2056. En Venezuela, véase RIVERA MORALES, R. *Las pruebas en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Santana-Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal (Venezuela), 2004, p. 591-641.

³⁵⁹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 477.

Como indica DURÁN SILVA si bien es un catálogo cerrado, no impide al juez la apreciación de otros que no consten en dicho listado³⁶⁰, siempre y cuando aparezca una evidente conexión que deduzca sin dubitación alguna la hipótesis presuntoria.

A pesar de lo explicitado, nos llama poderosamente atención un agregado en el artículo que introduce cierta teluridad a la hora de verificar los indicios y presunciones. Nos explicamos. En el único aparte, el citado artículo remata:

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

A nuestro juicio, esta cláusula puede conllevar a un desplazamiento de poderes omnímodos al juez que sustancie el procedimiento del *comiso*. Nos explicamos.

Suponiendo que existen las presunciones objetivamente indicadas, *ut supra*, en el Código Penal español. El legislador le ha transferido al juez una facultad que es discrecional cuando en el único aparte utiliza el término “podrá”³⁶¹ acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas”, teniendo entonces la potestad de excluir ciertos bienes o ganancias dependiendo de algunas circunstancias del caso. Esto, a nuestro juicio, es una forma peligrosa de desvirtuar el régimen de presunciones legales en esta materia que debe operar con la **taxatividad más restrictiva**, visto que existe, per se, una relajación de acervo probatorio y sus normativa clásica.

³⁶⁰ DURÁN SILVA, C. *Ob. cit.*, 2019, p. 17.

³⁶¹ En Venezuela el uso del término “podrá”, implica *per se* facultades discrecionales del juez. El artículo 23 del Código de Procedimiento Civil establece “(…) Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá” se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”. Ha señalado la SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, en sentencia de fecha 20 de diciembre de 2006, con respecto a este artículo, lo siguiente: “(…) Del contenido del art. 23 CPC, se desprende que el sentido legal de la palabra “puede” o “podrá”, se entiende como autorización concedida al Juez para obrar discrecionalmente de modo equitativo y racional procurando impartir la más recta justicia, de lo que resulta que la potestad dada al Juez es puramente facultativa (…)”.

La redacción es peligrosa porque transferiría a la autoridad judicial la esencia misma de la ecuación de KLITGAARD, por cuanto, el juez posee legalmente el monopolio decisor en las causas penales, que sumado a ese término “podrá” que evidentemente es sinónimo de discrecionalidad, aunado a la reserva propia de los procesos penales; es incuestionable que estamos en presencia de una traslación de esta ecuación de la administración pública al poder judicial. Allí, pudiera generarse una situación procesalmente objetiva que pondría en peligro los fines del *comiso* que es preservar el patrimonio ilícitamente obtenido y de esta manera una probable ilusoriedad del fallo³⁶².

Así, podemos entender entonces, como ocurre en el caso español, que lo esencial en los juicios relativos al *comiso* sin condena, estriba en comprobar una presunción de “procedencia ilícita de los bienes”, conjugando racionalmente los indicios fundados y respetando el derecho a la presunción de defensa, que según VARGAS GONZÁLEZ, ha de reunir precisos requisitos para evitar problemas colaterales, sobre todo, con el principio constitucional de la presunción de inocencia³⁶³.

³⁶² Actualmente en España se está procesando, por soborno de funcionario público extranjero, en la Audiencia Nacional, el comiso de 150 propiedades de los ciudadanos venezolanos NERVIS VILLALOBOS y JAVIER ALVARADO PARDI. Es perfectamente posible que con esta discrecionalidad del juez, les liberen bienes a estos indiciados, en vista que el delito procede de una situación de corrupción venezolana, no considerable escandalosa en España. El dispositivo generaría una certeza sobre la plausibilidad que el juez que conoce el asunto, le otorgue la gracia de disponer libremente de parte importante de ese patrimonio corrupto. El tema ha sido abiertamente abordado por las investigaciones de la prensa española. Véase IRUJO, J.M. “La lavadora de fondos en España de un exviceministro chavista: un laberinto de 53 millones”, en: *Diario El País*, edición del 1º de junio de 2019 [https://elpais.com/internacional/2019/05/27/actualidad/1558970548_641126.html]. También, SOUTO, K. “Nervis Villalobos, dirigente chavista, investigado en España por sus propiedades, confiscadas por la Audiencia Nacional”, en: *Diario El correo digital*, edición de 3 de junio de 2019 [<https://elcierredigital.com/investigación/379353706/villalobos-chavista-investigado-audiencia-nacional.html>]. El correo digital]. También, véase <https://www.elmundo.es/internacional/2019/02/01/5c53608c21efa0a4378b46d6.html>

³⁶³ VARGAS GONZÁLEZ, P. *Ob. cit.*, 2012, p. 336-360. Estos requisitos son: 1. El hecho presunto y los indicios deben estar unidos mediante un nexo lógico que responda a las máximas de experiencia contratadas; 2. El acusado ha de tener la opción de presentar prueba en contrario, y, además, esta prueba diabólica debe ser de fácil realización; 3. El tribunal debe tener la posibilidad de desvincularse de tales indicios si lo considera pertinente y lo motiva en la sentencia.

En Venezuela no existe reglamentación alguna que establezca presunciones para el tema del *comiso*, visto que, la única modalidad existente es el *comiso* directo o tradicional previsto en el artículo 33 del Código Penal venezolano y en el resto de leyes especiales analizadas *ut supra*. Ni siquiera en otras materias conexas opera un régimen de presunciones para decomisar bienes, si no, que todo dependerá de lo que establezca la sentencia definitiva que determine la responsabilidad penal.

En un futuro, de concretarse una ley especial que contemple el *comiso autónomo*, o bien, una extinción de dominio como concibe la LERAPC venezolana de 2017, o inclusive, en una reforma integral a la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN, es importante establecer un régimen de presunciones legales –y no *hominis*– que determine cuándo un juez pueda aplicar este decomiso sin tener que depender de un juicio de responsabilidad penal comprobado. El éxito de la institución apunta precisamente hacia modelar una dinámica procesal de indicios y presunciones garantistas de los principios y derechos fundamentales.

CAPÍTULO CUARTO: LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

I. ANTECEDENTES Y APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO COMISO AUTÓNOMO LATINOAMERICANO

Hemos abordado, a lo largo de los capítulos anteriores, la evolución de la institución del *comiso* que de ser un concepto incardinado en la unívoca concepción como *pena accesoria*, ha logrado transformarse hasta convertirse hoy por hoy en un instrumento versátil y de reputada eficiencia en aquellas legislaciones que lo han asumido, en aplicación de la UNCAC. Todo parece indicar, a simple vista, que el *comiso* autónomo irrumpe en la historia del Derecho hace apenas unas dos décadas, como aporte del nuevo milenio.

Sin embargo, a pesar de la certeza de esta afirmación, mucho antes de la UNCAC y de la propia CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN de 1996, algunas legislaciones latinoamericanas ensayaron con instituciones análogas de éxito en sus campos primigenios y extensibles a los relacionados contra la delincuencia económica. Hacemos mención a la denominada *extinción de dominio*.

Este concepto aparece por primera –y quizá exclusiva en este rango– vez en la Constitución colombiana de 1991³⁶⁴, aunque como apunta SANTANDER ABRIL en el estudio de la institución, “el *nomen iuris* proviene de la legislación civil agraria colombiana de 1936”³⁶⁵. Posteriormente, países

³⁶⁴ Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, 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.

³⁶⁵ SANTANDER ABRIL, G. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*, Bogotá, 2018, Tesis de maestría en Derecho penal,

como Brasil, Panamá, Perú y México, como afirma G. JORGE³⁶⁶, hasta el punto de ser la terminología preferida en América Latina y que gana cada vez más adeptos en razón de la poca resistencia que ofrece el clima cultural de las ciencias penales apegadas de forma extrema a la presunción de inocencia y a las garantías del Derecho penal clásico tal como lo abordamos en el capítulo segundo de este libro.

Por *extinción de dominio*, asumiendo la definición de G. JORGE, es:

“(...) una acción de carácter real a través de la cual el Estado cuestiona la titularidad de un bien sobre la base que es o ha sido adquirido con el producto del delito. Una vez que el Estado establece su

consultada en original, Universidades Santo Tomás de Aquino y Salamanca. Explica el autor, entre las páginas 114 a 116 de la tesis consultada en original, lo siguiente: “(...) El legislador adoptó el *nomen juris* de una figura concebida desde hace muchos años atrás en el derecho civil, como lo era la extinción del derecho de dominio de la legislación civil agraria, acogiendo la consecuencia jurídica allí prevista. Es decir, la **pérdida del derecho de dominio a favor del Estado; pero tomando como presupuestos conductas o circunstancias ilícitas propias del derecho penal, con lo cual se buscaba superar las deficiencias técnicas que presentaba en su momento el comiso tradicional**; para ello se acudió a perfilar este instituto a través de la legislación excepcional de orden público. Fue así como el nombre de la Extinción del Derecho de Dominio, que desde 1936 era utilizado para definir una figura de naturaleza civil agraria, fue aprobado para definir el nuevo instituto jurídico, y como bien resalta José Iván Caro, conservó la virtud de condicionar la garantía del derecho a la propiedad y al cumplimiento de una función social, y por ello este nombre fue adoptado en las normas de excepción para identificar un nuevo instituto del derecho procesal penal, con el propósito de identificar un instrumento efectivo y contundente contra el poder económico de la delincuencia de mayor impacto social, que para ese entonces era objeto de represión a través de la denominada “justicia sin rostro”, como se le llamó coloquialmente a la denominada jurisdicción regional o de orden público. Y fue precisamente el nombre de “extinción de dominio”, el que empezó a acuñarse en la legislación penal de excepción a partir del Decreto Legislativo 2790 de 1991, nombre que a su vez, **fue adoptado por el constituyente para definir la consecuencia jurídica derivada de la adquisición o destinación de un bien en contravía de los principios y valores éticos sociales que la misma Constitución establecía**, señalando en su momento tres tipos de bienes en particular: “bienes adquiridos mediante el enriquecimiento ilícito, el perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social” (...)” (Negrillas y subrayado nuestro).

³⁶⁶ JORGE, G. ... *La recuperación de activos de la corrupción* ... 2008, p. 73, nota de página 16. Véase también MÜLLER CREEL, O. “La extinción de dominio en la legislación mexicana. Su justificación jurídico-valorativa”, *Criterio jurídico*, Vol. 9, n° 2, 2009, p. 123-151.

caso –basado usualmente en la desproporción patrimonial del titular o en la conexión del bien con un delito bajo investigación– quien crea que tenga mejor derecho sobre el bien debe probarlo. El procedimiento es totalmente independiente del proceso penal (...)”³⁶⁷

El concepto se enmarca dentro de nuestras tendencias legislativas subcontinentales hasta el punto que es lícito entablar una tautología entre el *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* como conceptos similares, pero, con evidentes diferencias no sólo en su etiología, sino también, en sus características y fundamento.

Así, vamos a deconstruir este concepto a los efectos de precisar mejor en qué consiste esta tipología de figuras plagada de polémicas, más exactamente, desde los ámbitos tradicionalistas del Derecho penal clásico, e inclusive, desde las versiones más conservadoras de la teoría del Derecho. Ambas no pueden consentir que pueda darse un comiso sin la correspondiente condenatoria penal judicial.

1. *El carácter de “actio in rem”*

La primera de las caracterizaciones de la extinción de dominio es calificarse como una *acción judicial* de carácter *real*. Esto nos lleva automáticamente al concepto procesal de *actio in rem*, donde el catalizador no estriba en el comportamiento (activo u omisivo) de una persona, sino en la condición objetiva de un objeto, es decir, que nos circunscribimos en la territorialidad de las nuevas tendencias sobre la esencia de los *derechos reales*³⁶⁸ y no personales o de crédito. Esto facilita al Estado la persecución de la criminalidad económica en razón que el verdadero problema no se encuentra en la esfera de la responsabilidad penal personal. El *quid* estriba en el sometimiento permanente de la propiedad al corolario de la función social, y más precisamente, a sus elementos apriorísticos para su configuración.

Como lo explicamos *ut supra*, al hacer mención al modelo angloamericano del *comiso* autónomo, su fundamento más remoto al antecedente colombiano de 1936, en cuanto el término *in rem*, proviene de las siglas universales NCB (*Non-Conviction Based*). En esta acción de comiso, los fiscales anglosajones pueden orientar sus estrategias de forma

³⁶⁷ JORGE, G. ... *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina...* 2009, p. 46.

³⁶⁸ TERNERA BARRIOS, F. y MANTILLA ESPINOSA, F. “El concepto de derechos reales”, *Revista de Derecho Privado*, n° 36, 2006, pp. 117-139.

alternativa y complementaria a la persecución penal. Es una acción contra el activo en sí, y no contra el propietario. Al estar dirigido contra el activo (bien), puede ejecutarse o bien en el contexto de un proceso penal o por procedimiento patrimonial independiente de un juicio o investigación criminal.

En los segundos casos, el nivel probatorio es menor al garantista penal. Esto implica un menor cálculo de probabilidades (balance de probabilidades) o preponderancia de la prueba, lo que facilita el alivio de la carga probatoria. De esta forma, se cumple la misión originaria de las *actio in rem*, que como señalan GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L.³⁶⁹, fue común en el derecho del almirantazgo, donde, podía demandarse directamente al “barco” y no al capitán, ni a la tripulación, ni mucho menos al armador si con dicho navío se cometían actos de piratería³⁷⁰ o servían para el tráfico de esclavos. En pocas palabras, quien trasgrede el ordenamiento jurídico en las *actio in rem* no son las personas, sino los bienes en sí. Esto es lo que permitirá “extinguir el dominio” de quien nominalmente lo detente, por tanto, “(...) *no tiene el mismo objeto del proceso penal, no corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el Estado desestime la delincuencia económica (...)*”³⁷¹.

En términos más resumidos, la autoridad procesal (Fiscalía tanto en USA como en Colombia, y denominada en el PLRAC en Venezuela, Oficina Nacional para la Recuperación de Activos) tienen que presentar el sustento probatorio que haga presumir que los bienes en cuestión son productos, efectos o instrumentos de actividades ilícitas o criminales o se corresponden con el valor del beneficio que el delincuente o afectado obtiene del crimen o actividad considerada ilícita por la ley, *sin probar la conexión entre el crimen y el objeto específico de la propiedad*.

³⁶⁹ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 14-15.

³⁷⁰ Si el gobierno incautara al barco pirata y toda su carga, pero no consiguiera capturar al dueño del barco, él interpondría una acción de decomiso de activos sin condena NCB contra el buque e invitaba al pirata a comparecer ante el tribunal para impugnar la acción. De aquí se deriva el antecedente histórico más remoto de la extinción de dominio o juicio *in rem*. GREENBERG, T., SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 14-15.

³⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-409 de fecha 28-08-1997 (Caso: *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*).

2. *El cuestionamiento sobre el origen propietario*

Como segunda característica, la acción posee como interés procesal el *cuestionamiento de la titularidad propietaria* de un bien en razón de sus orígenes ilícitos. El Estado, ante cualquier investigación penal, sabiendo que operan principios de presunción de inocencia y otras reglas de imputación clásica, que como indicamos, pueden tornarse como una incuestionable ventaja para el delincuente económico; al trasladarse sobre un elemento objetivo como es la propiedad, ésta última siempre estará condicionada constitucionalmente a cumplir funciones sociales, de lo contrario, siempre será legítimamente cuestionada³⁷².

Como indica SANTANDER ABRIL³⁷³, un bien en contravía a los valores y principios éticos-sociales previstos en la Constitución, en nada cumple el carácter garantista del texto constitucional. La propiedad, desde que se introduce el concepto constitucional de “función social”, no sólo debe concentrarse con el cumplimiento de sus atributos al servicio de la sociedad, sino también, que los bienes son inseparables del destino mismo de los derechos fundamentales que en su integralidad se conciben en todo el articulado constitucional.

De nada sirve prever en una Constitución la garantía social, que perfectamente puede ser cumplida por el titular de los derechos reales ejecutando delitos de naturaleza económica, si éstos últimos se benefician ellos y la colectividad con esos bienes de dudoso origen. Vale destacar que la garantía propietaria ha sido escudo muchas veces escudo contra investigaciones criminales con elementos destacables sobre la ilicitud del origen de

³⁷² Sobre este punto, vale rescatar lo expresado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el conocido fallo C-740 de fecha 28 de agosto de 2003, donde el ciudadano Pedro Pablo Camargo demandó la inconstitucionalidad de la Ley 793 de 2002, ésta última, derogatoria de la Ley 333 de 1996 sobre las reglas de la extinción de dominio. En la sentencia, la Corte fue enfática al señalar: “(...) es una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción de dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción (...)”. El fallo ha sido consultado en el sitio web de la propia Corte Constitucional de Colombia <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm> [Consulta: 17 de agosto de 2020].

³⁷³ SANTANDER ABRIL, G. 2018 ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... p. 116.

los elementos patrimoniales. Como indicamos *ut supra*, al delincuente económico poco le importa que le restrinja la libertad de movimiento con la pena de prisión o presidio. Le duele es que pueda perder su patrimonio habido de forma ilícita. Es precisamente esto último, lo que busca coaccionar la *extinción de dominio*.

3. *El origen ilícito del bien y no culpabilidad del titular*

Como tercer elemento característico, el bien debe presumirse adquirido como *rédito de un delito, específicamente de enriquecimiento ilícito*. Como indicamos en el capítulo anterior sobre la naturaleza del *comiso* autónomo, en la cual, la doctrina se debate que aquella es una *accesoriedad penal* o bien una forma de acción por *enriquecimiento sin causa*; existen elementos objetivos para presumir que la compra o titularidad de ciertos bienes no pudieran ser demostrados que fue de forma lícita. De esta forma, todo bien o derecho real sujeto a la Constitución, será permanentemente verificado para saber sus orígenes, pues, como indica la propia Corte Constitucional de Colombia, un bien adquirido de forma ilícita “jamás puede consolidar un derecho de propiedad”, ya que:

“(…) es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreviniente a la adquisición, **solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos**. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien se sabe que el **ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible** y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad (...)”³⁷⁴ (Negrillas y subrayado nuestro)

4. *La separación entre las nociones de lo “ilícito” de lo “punible”*

La afirmación anterior de la sentencia C-740, nos coloca en la novedad de la acción, la cual radica en el necesario desprendimiento de una

³⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-740 de fecha 28-08-2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo vs. Ley 793 de 2002*).

condenatoria penal previa para poder allanar la propiedad. La Corte Constitucional colombiana introduce una distinción que resulta capital para la institución del *comiso* autónomo, incomprensible en Europa y sus círculos académicos: *la separación de lo ilícito de lo punible*. Así, la creación de la *extinción de dominio* tiene raíces –paradójicamente– en la debilidad propia del *comiso* penal (directo), que como apunta SANTANDER ABRIL, poseía deficiencias técnicas³⁷⁵. El *comiso* tradicional se ve impedido en saltar la infranqueable pared de la presunción de inocencia y el proceso de enjuiciamiento criminal plagado de incidencias y otras argucias procesales que operan, en caso de duda, a favor del imputado.

La ilicitud no requiere identidad con la punibilidad, pues, en los derechos reales es aceptado que ciertos bienes y sus características, o mejor dicho, ciertas maneras de aprovechamiento los conviertan en ilícitos como de suyo ocurre, por ejemplo, en el Derecho urbanístico. Por ello, la propiedad en estos ámbitos –inmobiliarios y urbanísticos– siempre se ha tornado bajo una suerte de “presunción de derecho”, tal como le atribuye el artículo 115 de la Constitución de 1999³⁷⁶. De esta manera, pierde esa primigenia y civilista concepción como un derecho absoluto de corte quiritario.

5. *La desproporción patrimonial*

Debe comprobarse los indicios donde exista una *desproporción patrimonial del titular* o en la conexión del bien con un delito bajo investigación. Tal como lo explicamos en las páginas precedentes, en el Derecho patrimonial de obligaciones existe el denominado enriquecimiento sin causa. Es una institución de larga data en nuestras legislaciones civiles, donde, sin cuestionar la esfera penal del titular, se busca demostrar la legitimidad patrimonial del bien, es decir, la respuesta al **¿cómo se obtuvo?**.

³⁷⁵ SANTANDER ABRIL, G. ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... 2018, p. 114.

³⁷⁶ Sobre el particular de la función social de la propiedad y su relatividad como derecho fundamental, véase BREWER-CARÍAS, A.R. *Urbanismo y propiedad privada*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980. También, véase DELGADO RIVAS, F. “Breves consideraciones sobre la noción de función social y su utilización para justificar la vulneración del derecho de propiedad privada a través de normas de derecho público”, *Anuario de especialización en derecho administrativo de la UCV*, Caracas, 2016, pp. 89-98. RONDÓN GARCÍA, A. “El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 133, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, 2009, pp. 199-238.

Se abordó con insistencia el denominado “*Acuerdo corrupto*” como fundamento de las razones para entender que en los casos de corrupción existen dichos convenios con causa ilícita. Así, quien adquiere un bien en desmedro del patrimonio público, no consolida jamás su propiedad, al contrario, abre las puertas para que sea investigado en relación al origen de adquisición, así sea encontrado inocente en una investigación –judicial o administrativa– de carácter penal.

Hemos indicado a lo largo de este libro que uno de los problemas más significativos para la lucha contra la corrupción comienza precisamente en el clima garantista del Derecho penal clásico. Éste último se sustenta en el trípode de la presunción de inocencia y en las exhaustivas reglas para imputación, éstas últimas, concebidas más para la protección de la libertad e integridad física y moral de la persona. Pues bien, ratificando que la corrupción es una actividad racional que se materializa a través de los “*Acuerdos corruptos*”, éstos a pesar de su ilicitud, siempre serán ocultos.

Para proceder a ocupar los bienes a través del *comiso*, como indica la legislación venezolana analizada en el capítulo tercero, es necesaria una condenatoria penal. Sin una sentencia firme es prácticamente imposible decomisar bienes producto de la corrupción, a sabiendas que buena parte de los titulares no tendrían cómo demostrar el origen del mismo. Además, a esto se le suma que en los delitos económicos, la pena de privación de libertad se torna nugatoria y hasta “estúpida”, pues, inclusive, cumpliéndola nada impide que se siga cometiendo delitos económicos desde prisión.

Por ello, se apela a nivel del Derecho comparado para superar de una buena vez todo lo relacionado a estas garantías, trasladando así el péndulo *hacia la licitud o ilicitud de la etiología propietaria* dada las modernas tendencias del constitucionalismo de otorgarle al derecho de propiedad un carácter relativo, que como indica el profesor CARLOS AYALA CORAO, “(...) *el propietario puede hacer todo aquello que no le esté legalmente vedado (...)*”³⁷⁷. En pocas palabras, la ley restringe primero y luego se verifica el ejercicio de sus cualidades inherentes.

De esta forma, no se viola ningún atributo de la propiedad (usar, gozar y disponer) si el Estado inquiera a una persona particular que tiene

³⁷⁷ AYALA CORAO, C. *Las inconstitucionalidades del régimen jurídico de las zonas de seguridad decretadas en Caracas*, en: AAVV. *El Derecho Público a Comienzos del siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Thompson-Civitas, Tomo III, Madrid, 2003, p. 3120-3121.

títulos sobre la misma, indagar el origen de adquisición de la misma. Inclusive, en Venezuela, de muy larga data³⁷⁸ –y contemporánea con la Ley 200 de 1936 colombiana– existe la obligación de investigar –en el caso de inmuebles– la cadena titulativa remontándose hasta 1848, según la LEY DE TIERRAS BALDÍAS Y EJIDOS vigente³⁷⁹, para saber si el título particular es “legítimo”. Opera entonces, una suerte de extinción de dominio del inmueble si no se logra comprobar las hipótesis previstas en el artículo 6, párrafo segundo de la citada ley venezolana.

³⁷⁸ La *Ley de Tierras Baldías y Ejidos* fue publicada en un ejemplar extraordinario (sin número) de la Gaceta Oficial de los Estado Unidos de Venezuela, el 3 de septiembre de 1936. Para más detalles véase BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS. *Leyes y Decretos de Venezuela*, n° 59 (Vol. II), Documento n° 19.725, pp. 184-210.

³⁷⁹ Artículo 6, Párrafo Segundo de la Ley de Tierras Baldías y Ejidos “*Respecto a los ejidos, el catastro indicará el origen de su adquisición por la respectiva Municipalidad, y respecto de los terrenos de propiedad particular o de corporaciones o personas jurídicas, se averiguará la fecha del título de adquisición, cuando este fuere posterior a la Ley de 10 de abril de 1848; más si la posesión respectiva data de fecha anterior a dicha Ley, bastará hacerlo constar así, sin averiguar la existencia ni las circunstancias de los primitivos títulos de data, composición o adjudicación*”. Sobre el particular, véase URBINA MENDOZA, E. *Los procesos de conversión de terrenos urbanos en ejidos municipales y su declaratoria*, en: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo II, Caracas, 2015, p. 787-827. Debemos señalar que este artículo ha sido objeto de varias acciones de nulidad por inconstitucionalidad en diferentes recursos interpuestos en diferentes tiempos, siendo el último, desechado de conformidad con lo ordenado por la SALA CONSTITUCIONAL en sentencia n° 827 de fecha 19 de junio de 2012 (Caso: *Jesús López Polanco vs. Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936*). Al respecto, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado sobre la titularidad de las tierras en relación a las previsiones de dicha ley, específicamente, en las sentencias número 2.135 de fecha 7 de agosto de 2003 (Caso: *Ildemaro Brett y otros vs. Municipio Iribarren del estado Lara*), número 610 de fecha 19 de mayo de 2009 (Caso: *José Valentín León Uranga y otros vs. Municipio Iribarren del estado Lara*) y la número 881 de fecha 26 de junio de 2012 (Caso: *Municipio Iribarren vs. sentencia del juzgado superior contencioso-administrativo de la región centro-occidental*).

II. LA “ILICITUD” DE LA ADQUISICIÓN PROPIETARIA Y LA “EXTINCIÓN DE DOMINIO” Y SU POSIBLE FUNDAMENTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL VENEZOLANA SOBRE EL DERECHO PROPIEDAD.

Si bien en Venezuela no existe regulación legal o reglamentaria sobre la institución del *comiso* autónomo ni de la *extinción de dominio*, salvo el proyecto de ley aprobado en segunda discusión por la Asamblea Nacional en 2017, que abordaremos en el próximo capítulo; la jurisprudencia constitucional desde la vigencia de la Constitución de 1961 siempre precisó aspectos básicos relativos a su naturaleza, limitaciones, contenidos y extensión. Sin embargo, el tema más abordado ha sido el relativo a la función social de la propiedad, en razón del principio constitucional inserto en Venezuela desde 1947. Como indica BREWER-CARÍAS, no es que la propiedad sea una función social en sí, sino que en la tradición jurisprudencial se ha buscado que dicha propiedad no sea incompatible con los intereses públicos³⁸⁰.

Ahora bien, sabemos de antemano que la redacción de los artículos 116 y 271 pudieran entorpecer la introducción de la *extinción de dominio* en Venezuela, pues, recalca la figura de la “*confiscación*” para recuperar aquellos activos que han sido objeto de adquisición por delitos económicos (corrupción, drogas, delincuencia organizada). Es por ello que la jurisprudencia poco haya avanzado en relación a la **legitimidad del origen de la propiedad**, pues, no la cuestiona en razón de la consolidada concepción que aquella no es un “*derecho absoluto, sino elástico*”³⁸¹.

Sin embargo, en 2012, la Sala Constitucional de forma tímida vinculó el tema de la función social del dominio inmobiliario con la incidencia sobre el orden social. Como indicamos *ut supra*, en el caso colombiano, la *extinción de dominio* era una respuesta a la “*contravía*” de dicha propiedad con los valores y principios constitucionales.

Es por ello que en base a lo dispuesto en la sentencia 881 de 2012, dictada por la Sala Constitucional, encontraríamos una primera funda-

³⁸⁰ BREWER-CARÍAS, A.R. *ob. cit.*, 1980, p. 84.

³⁸¹ Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia de fecha 10 de agosto de 1977 (Caso: *Varios vs. Municipalidad del Distrito Libertador del Distrito Federal*). TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia n° 522 de fecha 13 de mayo de 2015 (Caso: *Promociones La Madrugada, C.A. vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente*).

mentación jurisprudencial para hacer nugatorio la sanción prevista en los artículos 116 y 271 constitucional como estudiaremos en el capítulo quinto de este ensayo.

Así, vale destacar lo que determinó la Sala Constitucional al respecto:

“(…) La propiedad privada en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica **reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 545 del Código Civil**. Por el contrario, la progresiva incorporación de **finalidades sociales relacionadas** con el uso o aprovechamiento de los distintos bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con significado y alcance diversos. De ahí que esta Sala asuma el criterio, con general aceptación doctrinal y jurisprudencial, respecto de la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, **que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae**.

Tales consideraciones tienen, su fundamento en un dato histórico y material, en tanto que la propiedad como institución, incide directamente en orden social (sistema económico, político y cultural), por lo que cada sistema constitucional asume una postura sobre ella.

Así, si bien la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, consagró en términos muy generales el derecho de propiedad entre los derechos “*naturales e imprescriptibles*”, siendo su conservación, junto a la de la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, “*el fin de toda asociación política*” (artículo 2 *eiusdem*), debe tenerse presente que bajo el vigente sistema constitucional no es posible derivar de su contenido, que el contenido del derecho de propiedad deba responder a los principios sistema económico de mercado, como ámbito natural, frente a otros sistemas, en tanto que esta sería una interpretación constitucional distorsionada, en el cual se asumirían criterios a nuestra realidad política y social, y se asumirían preceptos propios del siglo XIX, impulsados por una corriente doctrinaria, que enfatizaba la libertad “*natural*” del sistema frente a la numerosa y perjudicial regulación del Antiguo Régimen.

La propia *“teoría económica implica que los derechos de propiedad de redefinirán de tiempo en tiempo a medida que cambian los valores relativos de los usos diferentes de la tierra”* –Cfr. Postner, Richard A. *Análisis Económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 2007, p. 101–, que en materia urbana se concreta en el deber de los órganos que ejercen el Poder Público de garantizar el derecho a acceder a una vivienda adecuada, mediante el ejercicio de sus competencias constitucional y legalmente establecidas, ya que como bien señaló esta Sala *“la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos.* (Vid. Rey Martínez, Fernando, *La Propiedad Privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327)” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 403/06). (...)”³⁸² (Negrillas y subrayado nuestro. Cursivas originales de la Sala)

Al citar el tema de los valores y principios relativos a la propiedad dentro de un espacio temporal, también podemos hacer alusión a aquellos que son incuestionables como es la adquisición “legítima” de la propiedad, que perfectamente calzan cuando la Sala trae a colación la exposición del economista RICHARD POSTNER en la supra citada sentencia 881/2012.

Al cuestionarse siempre la estabilidad de la propiedad privada, poco o nada ha importado revisar su forma de adquisición, pues, ha estado siempre presente que todo es “expropiable”. Por tanto, es lógico que tanto la antigua Corte Suprema de Justicia como el actual TSJ, dediquen sus crite-

³⁸² Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 881 de fecha 26 de junio de 2012 (Caso: *Municipio Iribarren vs. sentencia del juzgado superior contencioso-administrativo de la región centro-occidental*).

rios jurisprudenciales a ratificar ese concepto relativo de propiedad³⁸³, pues, ésta estará permanentemente sometida a un interés superior el cual siempre deberá “*prevalecer sobre el interés particular*”³⁸⁴, aunque se deja abierta la puerta según la Sala Constitucional para que:

“(…) En este contexto, se aprecia que la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir.

Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva perspectiva subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, **sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.**

(…)

No obstante lo expuesto, cabe advertir que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, por lo que ello puede y debe ser controlado por esta Sala Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, debemos advertir que entendiendo la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho subjetivo, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica limitada exclusivamente al tipo abstracto descrito en el Código Civil, sino que la misma ha sido reconducida en virtud de la progresiva incorpora-

³⁸³ Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia n° 1269 de fecha 18 de septiembre de 2014 (Caso: *Industrias Venoco, C.A. Vs. Decreto n° 7.712 de la Presidencia de la República*).

³⁸⁴ Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA. Sentencia n° 196 de fecha 26 de febrero de 2013 (Caso: *Inversiones Alvean 2000 vs. Decreto n° 8.857 de la Presidencia de la República*).

ción de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer, produciéndose una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos, como entre ellos podría citarse el aprovechamiento del suelo, así como la delimitación y restricción del derecho de edificación en ciertos casos. (Vid. Rey Martínez, Fernando, “La Propiedad Privada en la Constitución Española”, Centro de Estudios Constitucional, pp. 304-327). (...)”³⁸⁵ (Subrayado nuestro. Negrillas originales de la Sala)

Resaltamos estos párrafos de la sentencia parcialmente transcrita. Uno, que la Sala tiene el control sobre lo que pudiera implicar la ablación propietaria por confiscación previstos en los artículos 116 y 271 de la Constitución de 1999. Dos, que ese carácter relativo permitiría que por vía de reserva legal se pueda concebir o un comiso autónomo o una extinción de dominio, en razón de la “(...) *diversificación de la institución dominical* (...)”. En este criterio, lo único que pudiera deslegitimar la propiedad es la confiscación, ésta última, prohibida de forma general en razón del principio de razonabilidad que “(...) *debe guiar el ajuste entre la actuación del Estado y la afectación de la esfera jurídica de un sujeto de derecho* (...)”³⁸⁶.

³⁸⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 403 de fecha 24 de febrero de 2006 (Caso: *Municipio Baruta del estado Miranda vs. Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*).

³⁸⁶ Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 1092 de fecha 13 de julio de 2011 (Caso: *Impugnación del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre de 1996*). En la sentencia n° 1178 de fecha 13 de agosto de 2009 (Caso: *Impugnación de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras*), la Sala Constitucional ha dejado claro que: “(...) *La nueva imagen de la propiedad en el derecho contemporáneo viene caracterizada por una concepción renovadora de las relaciones sociales que acentúa la aptitud de los bienes y recursos para satisfacer las necesidades de la colectividad, y no solamente las exigencias del propietario particular. Ello enfatiza el carácter “social” del dominio privado que deja de ser un derecho natural replanteando el modo jurídico de relacionarse el ciudadano con la sociedad; de allí surge la función social de la propiedad que es un criterio de valoración de las situaciones subjetivas con los principios de solidaridad social, utilidad pública, bienestar colectivo y otros de interés general o social que hace ceder los poderes del propietario ante las legítimas demandas de la sociedad. Este es el sentido de las normas contenidas en los artículos 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (...)”.

El problema que trae consigo los artículos 116 y 271 para una adopción en nuestro país de la *extinción de dominio*, es la expresa indicación textual de la confiscación para los casos de enriquecimiento ilícito, drogas y otros delitos de lesa humanidad. Ahora bien, el problema estriba en la imprescindible sentencia condenatoria penal, es decir, que haya operado un proceso penal con todas sus garantías y que el fallo posea cosa juzgada. Así, se ratifica la tesis de la accesoriedad, donde, difícilmente pudiera entrar el concepto de *extinción de dominio* y/o de otras formas de *comiso* autónomo.

Para tratar de entender algunos aspectos sobre la introducción en un futuro cercano de la *extinción de dominio* o del *comiso* autónomo, como estudiaremos en el próximo capítulo al analizar el proyecto de *Proyecto de Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción*, aprobado por la Asamblea Nacional en su segunda discusión en 2017; es imprescindible el estudio del Derecho comparado en aquellos Estados donde ha tenido campo fértil.

Haremos referencia a la extinción de dominio colombiana, en razón de la situación casi análoga de nuestro Derecho al del vecino país. Además, como indicamos, el desarrollo en Colombia de la *extinción de dominio* ha sido terreno fértil para el debate constante sobre la institución, inclusive, donde las posibles trasmutaciones como instituto de carácter sancionatorio³⁸⁷.

En el caso de la comparación con el Perú, estriba no sólo por la relativa cercanía geográfica, sino por la novedosa incorporación de la extinción de dominio que ha tomado como referencia las innovaciones que sobre la temática ha creado Colombia.

III. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como lo indicamos, la *extinción de dominio* se introduce en Latinoamérica como variante del *comiso* autónomo, precisamente, en la CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA de 1991. Su inclusión, como apunta SANTANDER ABRIL³⁸⁸, proviene de la legislación social agraria donde se extinguía el

³⁸⁷ SANTANDER ABRIL, G. 2018 ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... 2018, pp. 203-216.

³⁸⁸ SANTANDER ABRIL, G. 2018 ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... 2018, p. 114.

dominio sobre el fundo si el propietario contravenía sus funciones sociales empleando el inmueble para actividades no cónsonas con el régimen de suelo. Más tarde, se adaptaría dentro de reglas penales con su inclusión en el Decreto número 2790 de 1990, mediante el cual, se dictaba el **ESTATUTO PARA LA DEFENSA DE LA JUSTICIA** para el orden público.

El Decreto 2790 tipificó por primera vez la *extinción de dominio* en el ámbito penal, sobre aquellos bienes incautados u ocupados en lo que se denominó jurisdicción de orden público³⁸⁹. Sin embargo, esta tipología de extinción de dominio sólo operaba:

“(…) En realidad, se establecía una extinción de dominio para **los casos de abandono de bienes o contumacia de los titulares de derechos sobre los bienes afectados**, pues esta primera forma de extinción de dominio no se sustentaba en un presupuesto sustancial o causal, pues partía de una presunción tácita de que los bienes sobre los cuales recaía, habían sido incautados u ocupados por ser producto, medio o instrumento de algún delito de competencia de la jurisdicción de orden público, y atribuía la **consecuencia jurídica de la extinción de dominio por el transcurso del tiempo y por la inactividad del interesado** (...)”³⁹⁰ (Negrillas y subrayado nuestro)

Nótese que más que una figura principal, su incorporación al ordenamiento penal lo ubicaba como una consecuencia ante la inactividad de la parte afectada, es decir, como si operara más bien una prescripción extintiva a favor del Estado de todo aquel que tras un año sin actividad procesal, no mostrara siquiera interés en comprobar la licitud del origen del bien objeto del procedimiento.

Para 1990, en Colombia, con una constituyente en marcha y ante la creciente oleada de violencia y crimen organizado derivado de los cárteles de la droga, se decidió otorgarle a la extinción de dominio rango constitucional. Tras varios años de criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado Colombiano, se decidió abordar las funciones y obligaciones que emanan del cumplimiento de la función social inherente a la propiedad, sea por actos que desconozcan las reglas legítimas de acceso al derecho de propiedad o como consecuencia del mal ejercicio de sus atributos, ello

³⁸⁹ SANTANDER ABRIL, G. 2018 ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... 2018, p. 71.

³⁹⁰ *Ibid.*

por usar o destinar los bienes para poner en peligro o atentar contra otros bienes jurídicos³⁹¹.

El artículo 34 de la Constitución de 1991 establece:

Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, 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**. (Negrillas y subrayado nuestro)

El texto constitucional transcrito resalta la prohibición absoluta de la confiscación en Colombia, pero diferenciando nítidamente entre esta institución y lo que en sí representa la *extinción de dominio*. Su origen está íntimamente conexo al sufrimiento institucional y poblacional del último tramo del siglo XX colombiano, ocasionado por los embates del narcotráfico y asedio del crimen organizado presente en el sentido estructural.

El desarrollo del precepto constitucional ha visto la sanción de instrumentos legales que normaron la institución (Código de Procedimiento Penal de 1991³⁹², Ley 333 de 1996³⁹³, Ley 793 de 2002 y sus reformas), con-

³⁹¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 442. Al respecto, véase también, MARTÍNEZ SÁNCHEZ, W. A. *La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia*, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Bogotá, 2015, p. 5-34. Sobre la extinción de dominio en Colombia, véase MURCIA RAMOS, B. *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012. ESPITIA GARZÓN, F. *La extinción del derecho de dominio*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 1998. RIVERA ARDILA, R. *La extinción de dominio*, Leyer Editores-UniAcademia, Bogotá 2017. PABÓN PARRA, P.A. *Nuevo régimen de extinción de dominio: Ley 793 de 2002, legislación modificatoria-leyes 1151 de 2007, 1330 de 2009, 1395 de 2010, 1450 de 2011, 1453 de 2011: doctrina-análisis jurisprudencial*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2013. TOBAR TORRES, J.A. “Aproximación general a la acción de extinción de dominio en Colombia”, *Civilizar, Ciencias Sociales y Humanas*, n° 14 (26), Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, pp. 17-38, puede consultarse en línea: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532014000100003&lng=en&tlng=en POVEDA PERDOMO, A. *Le ley de extinción del derecho de dominio y su jurisprudencia: examen comparativo de los diferentes estatutos legales expedidos para regular la acción de extinción del derecho de dominio*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004.

³⁹² Decreto 2700 de 1991. Vale destacar lo que indica SANTANDER ABRIL, G.... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio ...* 2018, pp. 78-79, relativo a la coexis-

fluyendo en el vigente Código de extinción de dominio (Ley 1708 de 2014)³⁹⁴.

El Código de extinción de dominio colombiano parte por el mismo concepto del derecho de propiedad, donde la extinción tendrá como límite cuando un bien es lícitamente obtenido, de buena fe, exento de culpa y ejercida conforme a la función social y ecológica que le es inherente³⁹⁵. Bastará que se pruebe que dicho dominio ha sido producto de vías lícitas y de buena fe para evitar a toda costa la interposición de la acción por el *afectado*³⁹⁶, pudiendo ser este último, la propia Administración Pública.

En cuanto a los principios, el Código respeta el principio de *presunción de buena fe*, en el cual, todo acto o negocio jurídico relacionado con

tencia del comiso penal y la extinción de dominio es esta norma adjetiva penal “(...) Se destaca, además, que la extinción de dominio se concibe a la par del comiso penal que se encontraba regulado en el artículo 338 del mismo estatuto. A pesar de que la norma no establece las diferencias entre uno y otro instituto, se debe destacar que amplía el campo de valoración del operador judicial, permitiendo la posibilidad de demandar del juez la aplicación de esta excepcional medida, fundando la pretensión en una disposición constitucional y no legal (...)”.

³⁹³ Véase MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Ley 333 de 1996 (Diciembre 19) por la cual se establecen las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita*, Ediciones de la Presidencia de la República de Colombia, Bogotá, 1996. Es importante acotar una problemática que traería consigo el consagrar la extinción de dominio tanto en el Código de Procedimiento Penal como en esta Ley 333. Explica SANTANDER ABRIL, G.... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio ...* 2018, pp. 79-80 “(...) Tras la expedición de la primera legislación de extinción de dominio, Ley 333 de 1996, **coexistieron en el sistema jurídico colombiano**, dos formas de extinción de dominio: la primera, atada al derecho penal (CPP, art. 340); y, la segunda, consagrada a través de una ley especial que pregona su autonomía e independencia frente al proceso penal. Esta coexistencia que, a primera vistas, podría parecer problemática y contradictoria, fue objeto de precisiones técnicas por vía jurisprudencial, toda vez que la **Corte Suprema de Justicia definió el alcance de la norma procesal penal, indicando que la extinción de dominio que allí se contemplaba debía ser entendida como el comiso común y, bajo ningún pretexto, podría equipararse al procedimiento especial consagrado en la Ley 333 de 1996** (C.E., Sala Penal, Auto 228, 1999) (...)” (Negrillas y subrayado nuestro).

³⁹⁴ Sobre el *Código de Extinción de Dominio*, véase TORO LUCENA, O. *Código de extinción de dominio, ley 1708 de 2014 comparado y concordado*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2014.

³⁹⁵ Artículo 3 del *Código de extinción de dominio*.

³⁹⁶ Artículo 1.1 del *Código de extinción de dominio*.

la adquisición o destinación de los bienes, siempre y cuando el titular del derecho proceda de manera diligente y prudente, exenta de toda culpa³⁹⁷. Como indica SANTANDER ABRIL³⁹⁸, la *buena fe* cumple en este Código tres funciones estelares: 1º es generadora derechos, 2º actúa como el elemento negativo de las causales al neutralizar el reconocimiento de la consecuencia jurídica; y, 3º actúa como el modulador para la identificación de los terceros con interés sustancial para comparecer al proceso.

En cuanto a las causales para invocar la acción, el artículo 16 *ejusdem*, establece:

Artículo 16. Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.
2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.

³⁹⁷ Artículo 7 del *Código de extinción de dominio*.

³⁹⁸ SANTANDER ABRIL, G. ... *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio* ... 2018, pp. 103-104.

9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.

10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa.

11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos.

Parágrafo. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.

Las causales están todas relacionadas al tema del origen lícito de la propiedad, área que la jurisprudencia colombiana del Consejo de Estado y la Corte Constitucional han dedicado tiempo y estudio, no sólo al concepto de función social, sino a la preconfiguración de la misma para que pueda ser ejercida sin cortapisas. Al respecto, es interesante resaltar lo expresado por la Corte Constitucional en la célebre sentencia n° C-740 de 2003:

“(...) el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que **es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado**, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social (...)”³⁹⁹ (Negrillas y subrayado nuestro).

Este corolario, que sólo se protege el dominio producto del trabajo lícito y honesto, ha quedado establecido en el artículo 22 del Código que establece:

Artículo 22. *Nulidad ab initio.* Una vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá, que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es **contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad** y por tanto los actos y contratos que versen sobre dichos

³⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*).

bienes en ningún caso constituyen justo título y se considerarán **nulos *ab initio***. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe exenta de culpa. (Negrillas y subrayado nuestro)

Nótese que una vez comprobada la *ilicitud del origen de la propiedad*, la sentencia no sólo se contenta con ordenar al Estado ocupar los bienes, sino que todo negocio, acto o contrato se tratará como nulo ab initio, es decir, desde el primero de dichos actos. Es tan igual como ocurre en las acciones civiles por enriquecimiento sin causa, sólo que en el caso colombiano, se concentra exclusivamente en esa contingencia de la “ilicitud de origen”.

Otro de los aspectos novedosos del Código analizado se circunscribe al destino final de los bienes que hayan sido objeto de la acción de extinción de dominio. Para tal efecto, el Código ha creado el FONDO PARA LA REAHABILITACIÓN, INVERSIÓN SOCIAL Y LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (FRISCO)⁴⁰⁰, quien se encargará de los mismos según lo dispone el artículo 91 *ejusdem*:

Artículo 91. Administración y destinación. Los bienes sobre los que se declare la extinción de dominio, descontando aquellos destinados para el pago gradual y progresivo de los pasivos de dicho Fondo, los recursos que sean indispensables para el funcionamiento de la entidad encargada de la administración de los bienes, y las destinaciones específicas previstas en la ley, se utilizarán a favor del Estado y serán destinados así: en un veinticinco por ciento (25%) a la Rama Judicial y en un veinticinco por ciento (25%) a la Fiscalía General de la Nación, para proyectos de inversión previamente aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y el cincuenta por ciento (50%) restante para el Gobierno Nacional quien reglamentará la distribución de este último porcentaje.

En todo caso, los predios rurales sobre los que recaiga la acción de extinción de dominio serán destinados a los programas de generación de acceso a tierra administrados por el Gobierno Nacional. Su régimen de administración y destinación será reglamentado por el Presidente de la República.

⁴⁰⁰ Artículo 90 del *Código de extinción de dominio*.

Los bienes destinados a la Fiscalía General de la Nación serán administrados a través del Fondo Especial para la Administración de Bienes creado mediante Ley 1615 de 2013.

A pesar de contar con 30 años en el Derecho colombiano, la *extinción de dominio* es una figura que todavía no ha sido paradójica y suficientemente estudiada en países diferentes a la nación neogranadina, como es nuestro caso. Su principal nota singularizante, que ha sido la garantía de éxito, es que se desarrolla a través de una acción *in rem*, pudiendo ser interpuesta antes, durante o después de una acción penal por el Estado en materia de corrupción, siendo totalmente independiente de la suerte del procedimiento penal. Como apunta SANTANDER,

“(...) no exige la demostración de sus presupuestos bajo el criterio de certeza o más allá de la duda razonable, pues basta con realizar un juicio de valor conforme al balance de probabilidades (...)”⁴⁰¹.

Esto nos lleva automáticamente al punto crítico de la *extinción de dominio*, la relativa al cúmulo probatorio. Como se indicó, no requiere la certeza o el concepto de “plena prueba”, indispensablemente exigible para cualquier juicio de naturaleza penal. Al bajar la interpelación de la valoración probatoria, lo más resaltante estriba en la capacidad de establecer presunciones legales basada en indicios objetivamente contemplados en la ley.

Algo así como la apreciación que realiza el juez en los procedimientos cautelares civiles, donde, ante el riesgo de abordar el fondo del *thema decidendum*, decide sopesar elementos que estimen el “buen Derecho” de la medida que sea acordada, sin entrar dentro del campo de la discrecionalidad judicial⁴⁰².

⁴⁰¹ SANTANDER ABRIL, G. *Ob. cit.*, 2017, p. 488.

⁴⁰² En efecto, la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sido enfática en sus criterios consolidados sobre la erradicación de la discrecionalidad judicial en materia cautelar. En la sentencia n° 270/2005 de fecha 16 de marzo de 2005, la Sala expresó al respecto “(...) *Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento con los presupuestos que reclama la tutela cautelar, el Juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida. Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que, si falta alguno de estos elementos, el Juez no podría decretar la medida preventiva (...)*”.

Finalmente, como lo señalan GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L.⁴⁰³ el decomiso por medio de la *extinción de dominio*:

“(…) puede ser particularmente eficaz para despojar al políticamente corrupto de los frutos de sus crímenes y restaurar los fondos a los ciudadanos del Estado víctima. Aunque el decomiso de activos NCB nunca debería sustituir al proceso penal, en muchas instancias (particularmente en el contexto de la corrupción oficial), **el decomiso de activos NCB puede constituir la única herramienta disponible para recuperar los productos de esos crímenes y exigir alguna medida de justicia.** La influencia de los funcionarios corruptos y otras realidades prácticas puede impedir investigaciones criminales totalmente, o hasta después de que el funcionario haya muerto o huido. No es raro que un funcionario corrupto que robe a un país intente obtener también inmunidad en un proceso. Puesto que el sistema de decomiso de activos NCB no depende de una condena penal, puede proceder al margen de la muerte, huida o cualquier inmunidad de la que pueda gozar el funcionario corrupto.

El decomiso de activos NCB **no se limita al contexto nacional.** En la economía global de hoy, los criminales mueven los activos alrededor del mundo en cuestión de segundos al toque de un botón. Las fronteras internacionales ya no son aliadas del político corrupto si el Estado en que tuvo lugar la corrupción y el Estado en que se ubican los activos han promulgado leyes para permitir la colaboración en la incautación y el decomiso de los activos, basadas tanto en el decomiso penal como en el decomiso de activos NCB. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Sorprende que a pesar de la cercanía venezolana a Colombia, poco se haya estudiado en Venezuela sobre esta particular forma de concebir el comiso autónomo, aunque, más que equiparlos, responde a una lógica constitucional propia de la nación neogranadina. Los 218 artículos que componen el Código (Ley 1708 de 2014), son el resultado de más de treinta años de tratamiento jurisprudencial, de ensayos y actividad legislativa enmarcada hacia la superación de la esfera penal de todo aquello que implique la lucha contra la corrupción. El éxito de esta institución estriba en que no sólo se apela a la estrategia punitiva del Estado, sino, hacia todo aquello que implique acabar de raíz el dominio y goce de bienes obtenidos de forma ilícita.

⁴⁰³ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. 12-13.

A los efectos de demostrar la eficacia no sólo teórico, sobre un asunto que a pesar de circunscribirse en Colombia en el caso de ALEX SAAB, sus consecuencias se proyectan más allá de las fronteras de la nación neogranadina, más directamente sobre el tema de la corrupción en Venezuela. Como indicamos en la introducción, los bienes ilícitamente adquiridos por SAAB y sus empresas relacionadas, ya se encuentran cautelarmente protegidos por la *jurisdicción de extinción de dominio*. Muestra este caso emblemático que vincula al tejido corrupto del Estado venezolano, la fortaleza y experiencia de esta institución en Colombia. De esta forma, se demuestra la autonomía de la extinción de dominio frente a las exigencias del Derecho penal liberal que requería como requisito sine qua non, una sentencia penal condenatoria. En el caso de SAAB, apenas se encuentra en fase investigativa en los actuales momentos, lo que no ha impedido que se adopten medidas con respecto a la “ilicitud de los bienes”.

IV. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN EL DERECHO PERUANO

Junto a la legislación colombiana, también Perú contempla la institución de la *extinción de dominio*, pero, estableciendo una equiparación en cuanto a la extensión del comiso penal⁴⁰⁴, diferenciándose de Colombia. Vale la pena destacar que buena parte del contenido del instrumento legislativo peruano, deriva del proyecto de LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, aprobado en 2011 como parte de la iniciativa del *Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe* (LAPLAC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁴⁰⁵.

De reciente incorporación a la legislación peruana⁴⁰⁶, tan igual como ha ocurrido en México⁴⁰⁷, la *extinción de dominio* es aprobada mediante la

⁴⁰⁴ SANTANDER ABRIL, G. *La nueva estructura del proceso de extinción de dominio*, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Bogotá, 2015, p. 54.

⁴⁰⁵ Proyecto *Ley Modelo de Extinción de Dominio*. La misma cuenta con 49 artículos organizados en 9 capítulos, a saber: I. Aspectos generales. II. Garantías procesales. III. Aspectos procesales. IV. Procedimiento. V. Pruebas. VI. Nulidades. VII. Administración y destinación de bienes. VIII. Cooperación Internacionales. IX. Disposiciones finales. Es una propuesta de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) a los efectos de buscar la unificación en América Latina de la institución.

⁴⁰⁶ En cuanto al debate académico sobre la extinción de dominio en el Perú, véase TORO LLANOS, V. “El proceso de pérdida de dominio como causal de extinción del

promulgación del DECRETO LEGISLATIVO N° 1.373 SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, de fecha 04 de agosto de 2018 y su Reglamento de fecha 01 de febrero de 2019. De esta forma, Perú es uno de los países donde la institución ha sido recientemente estrenada, por tanto, el análisis jurisprudencial⁴⁰⁸ apenas comienza a moldear las características de esta institución.

derecho de propiedad”, *Actualidad jurídica*, Tomo 168, 2007, pp. 27-29. También, DELGADO TOVAR, W.J. y GALVEZ VILLEGAS, T.A. *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*, Juristas Editores, Lima, 2006. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizados. Modelos para armar en el derecho penal*, CEDPE: Jurista Editores, Lima, 2013.

⁴⁰⁷ Vale la pena destacar que también, en 2019, México aprobó su *Ley Nacional de Extinción de Dominio*. Esta apareció publicada en Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 09 de agosto de 2019 (edición vespertina). Consta de 251 artículos y además, se reformaron parcialmente el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector público, la Ley de Concursos mercantiles y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Estas modificaciones son para armonizar tanto los conceptos como procedimientos propios de la acción de extinción de dominio. El día 09 de septiembre de 2019, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 1, fracción V, incisos f), g), h), i) y j) en sus párrafos segundos, 2 fracción XIV, en la porción normativa “o bien, el uso o destino lícito de los Bienes”, 5, párrafo segundo, en la porción normativa “La información obtenida por el Ministerio Público para la preparación de la acción de extinción de dominio, será estrictamente reservada hasta que la misma sea presentada ante la autoridad judicial”, 7, fracciones II, IV y V, 9, numerales 2, en la porción normativa “o destinación”, y 4, 11, párrafo primero, 15, 16, fracción II, 173, párrafo segundo, en la porción normativa “En caso de urgencia u otra necesidad debidamente fundamentada, el Ministerio Público podrá adoptar tales medidas, debiendo someterlas a control judicial posterior tan pronto sea posible”, 177, último párrafo, 190, párrafo quinto, en la porción normativa “En los casos en los cuales no se pueda recabar la autorización respectiva, por razón de la hora, del día, de la distancia o del peligro en la demora, se deberá informar y justificar dentro de los cinco días siguientes, ante el órgano jurisdiccional”, 228, inciso a), y Sexto transitorio, todos de la Ley. Para más detalles a nivel doctrinal, véase NAVAS GARCÉS, A.E. *Ley de extinción de dominio. Referencias a sus aspectos básicos*, Tirant Lo Blanch, México, 2019.

⁴⁰⁸ Véase TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sentencia número S. 207 de fecha 05 de marzo de 2020 (Caso: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral*). Puede consultarse en línea, <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=extinci%C3%B3n+de+dominio&demandante=&demandado=&numexpediente=&anoingreso=&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>. Este fallo se pronunció sobre la funcionalidad de la buena fe en materia inmobiliaria, haciendo alusión directa al valor de la misma dentro del concepto de extinción de dominio.

Comienza el Decreto Legislativo 1.373 por definir a la *extinción de dominio* como:

“(…) **Artículo III. Definiciones.**

Para los efectos del presente decreto legislativo se entenderá como:

(…) Omisión (…)

3.10. Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que

Establece el fallo lo siguientes: “(…) 55. A mayor abundamiento, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico peruano se han expedido normas con la finalidad de dotar de contenido a la diligencia y prudencia exigidas al tercero para la adquisición de bienes cuyo origen está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como las que atentan contra la administración pública, las actividades vinculadas a la criminalidad organizada, entre varias. 56. Tal es el caso del reglamento del Decreto Legislativo 1373, “Decreto Legislativo sobre extinción de dominio”, aprobado por “Decreto Supremo 007-2019-JUS”, publicado cuyo artículo 66 indica lo siguiente:

Artículo 66.- Tercero de buena fe

Tercero de buena fe es aquella persona, natural o jurídica, que no sólo acredita haber obrado con lealtad y probidad, sino que también ha desarrollado un comportamiento diligente y prudente, debiendo reunir los siguientes requisitos:

66.1. La apariencia del derecho debe ser tal que todas las personas al inspeccionarlo incurrieran en el mismo error.

66.2. Al adquirir el derecho sobre el bien patrimonial se verificaron todas las condiciones exigidas por leyes, reglamentos u otras normas.

66.3. Tener la creencia y convicción de que adquirió el bien patrimonial de su legítimo titular y siempre que no concurren las siguientes circunstancias:

a) Pretender dar al negocio una apariencia de legalidad que no tenga o para encubrir su verdadera naturaleza.

b) Pretender ocultar o encubrir al verdadero titular del derecho.

c) Concurrir declaraciones falsas respecto al acto o contrato para encubrir el origen, la procedencia, el destino de los bienes patrimoniales o de naturaleza ilícita de éstos.

57. Pero más allá de las exigencias normativas previamente detalladas que son necesarias para la configuración de la buena fe en los términos del artículo 2014 del Código Civil, según se trate de bienes relacionados con los ilícitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 1373, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado también, en diversas resoluciones que ha expedido, algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso. (…)”

constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros. (...)”

La definición es prácticamente tomada del artículo 2 de la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO (LMEDO), donde, a diferencia de Colombia entran para su aplicación cualquier “actividad ilícita”. De esta forma, abre genéricamente un compás para incluir conductas que reporten manifestaciones diferentes de la propia delincuencia económica, más precisamente, sobre el enriquecimiento ilícito. Sólo basta que el Estado califique la actividad como “ilícita”, para que de esta manera pudiera interponerse esta *actio in rem*.

Sin embargo, somos de la tesis que la *extinción de dominio* en el Decreto legislativo peruano, a pesar que la redacción del artículo III, 3.10 luce genérico, está encaminado hacia la temática de la corrupción. Esto se confirma con lo previsto en el artículo III,3.11 que precisa:

“(...) 3.11. Incremento patrimonial no justificado: aumento del **patrimonio o del gasto económico de una persona natural o jurídica notoriamente superior al que normalmente haya podido percibir en virtud de su actividad laboral o económica lícita o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita**, existiendo elementos que permitan considerar razonablemente que dicho incremento patrimonial proviene de actividades ilícitas (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El decreto nos responde a la naturaleza jurídica de la *extinción de dominio*, inclinándose abiertamente hacia la *teoría del enriquecimiento sin causa*. De esta forma, pudiéramos afirmar, que en América Latina a diferencia de los cuestionamientos de la doctrina europea, el comiso autónomo latinoamericano responde perfectamente a la teoría del enriquecimiento injusto y no a la de *accesoriedad penal* que estudiamos con precisión en el capítulo anterior de este libro.

Prosigue el Decreto introduciendo un elemento que será vital para las acciones de esta naturaleza, como es que su finalidad es nada menos y nada más que garantizar la “*licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional o extrayendo de éste los bienes que provengan de acti-*

*vidas ilícitas o estén destinados a ellas*⁴⁰⁹. Así, la extinción de dominio asume una *función saneadora de la propiedad*, es decir, que además de encarecer los costos de la corrupción, se transforma en una suerte de filtro procesal para evitar que se ingresen a los bienes peruanos, elementos patrimoniales de dudosa procedencia.

El Decreto legislativo sostiene las notas características de la extinción de dominio, como acción procesal, de carácter autónomo, eminentemente real y de contenido patrimonial⁴¹⁰. En cuanto a los presupuestos procesales para la interposición de la acción, el artículo 7 establece:

“(…) Artículo 7. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio

7.1. Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los siguientes:

a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.

b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.

d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.

e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.

⁴⁰⁹ Artículo 1 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹⁰ Artículo 3 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores. (...)”

Una de las innovaciones del tantas veces aludido Decreto Legislativo, tiene que ver con la creación de una fiscalía especial⁴¹¹ para la extinción de dominio, así como, un órgano jurisdiccional⁴¹² con competencia especial para única y exclusivamente conocer de esta tipología especial de juicios. Se conforma así una suerte de jurisdicción sobre extinción de dominio, que indudablemente, va más allá de las clásicas esferas competenciales penal y civil.

El Decreto asume prácticamente la estructura de la LMEDO, en cuanto a la formación y etapas del proceso especial⁴¹³, así como, de las incidencias, el tratamiento probatorio⁴¹⁴ y el contenido de la sentencias⁴¹⁵. También, establece el sistema de recursos procesales⁴¹⁶ y las consecuencias de la declaratoria con lugar de la acción⁴¹⁷, como es, al igual que Co-

⁴¹¹ Artículos 9 y 10 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹² Artículo 8 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹³ Artículos 12 al 25 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹⁴ Artículos 26 al 30 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹⁵ Artículo 32 del Decreto 1.373 sobre extinción de dominio: “**Artículo 32. Alcances de la sentencia**

La sentencia que declara fundada la demanda debe sustentarse en indicios concurrentes y razonables, o en las pruebas pertinentes, legales y oportunamente incorporadas al proceso. Debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado. Asimismo, ordena que esos bienes pasen a la administración del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) dentro de las veinticuatro (24) horas de expedida la sentencia. Sin embargo, esta entidad no puede disponer de aquellos bienes hasta que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada”.

⁴¹⁶ Artículos 37 al 42 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

⁴¹⁷ Artículo 34 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio.

lombia, la disposición de los bienes en el PROGRAMA NACIONAL DE BIENES INCAUTADOS (PRONABI)⁴¹⁸.

La extinción de dominio peruana apenas está comenzando a operar. Será su desarrollo y aplicación en los próximos años las que determinarán un perfil característico en esta nación.

V. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Como se pudo estudiar en los puntos anteriores del Derecho comparado, la *extinción de dominio* es una creación originaria del Derecho latinoamericano.

En este punto, y visto que hemos iniciado la investigación con la precisión conceptual del *comiso* autónomo y su evolución global en los diferentes tratados y convenios internacionales, vale la pena detenernos en

⁴¹⁸ Disposición complementaria final cuarta: “**Cuarta. Facultades del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI).** Dispóngase que el Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) asuma la administración de los bienes sobre los cuales recaigan las medidas cautelares y las sentencias que se emitan en el marco del presente decreto legislativo. La competencia del Programa Nacional de Bienes (PRONABI) se extiende a todos los bienes ubicados dentro del territorio nacional, incluyendo los repatriados del extranjero a causa de la aplicación del presente decreto legislativo, en cuyo caso el Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) dispondrá lo pertinente.

Dispóngase que el Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) asuma la administración de los bienes que se encuentran afectados con las medidas adoptadas en el marco del presente decreto legislativo. La competencia del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) para la administración de bienes se ejerce en todo el territorio nacional. Cuando se trate de activos repatriados al Estado peruano, estos son depositados en las cuentas que el Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) disponga para tal efecto.

Con autorización del Juez, el Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) podrá subastar, antes de la conclusión del proceso, los bienes incautados o decomisados que, por su naturaleza o características, puedan ser objeto de pérdida o deterioro, así como cuando el valor de su custodia o conservación oneroso. En estos supuestos, se procede a la valorización o tasación de los bienes y efectos y se procede a su subasta pública. Del mismo modo, cuando se trate de vehículos en situación de siniestro o destrucción, podrá dar su baja definitiva e inscribir ello en el registro respectivo.

La autorización del Juez se entiende concedida si éste no responde a la solicitud del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde la presentación de la solicitud.”

una comparación conceptual a los fines de establecer si el *comiso* autónomo es un equivalente a la *extinción de dominio*, o bien, éste último, una forma continental de completar el primero.

Para este punto, partimos por lo expresado en la exposición de motivos de la LMEDO, que inicia explicando:

“(…) Es “*regional*” por cuanto fue diseñada siguiendo la tradición civil de los países hispanohablantes de Latinoamérica que pudieran acoger la iniciativa. Por la misma razón, se adoptó el nombre de “**extinción de dominio**” por tratarse de la denominación más común en la región y no, por ejemplo, por “*decomiso sin condena*” término utilizado en otros ámbitos internacionales. (...)”⁴¹⁹ (Negrillas y subrayado nuestro)

A simple vista el documento oficial de la ONUDC indica que la *extinción de dominio* y el *comiso* (rectius: *decomiso sin condena*) son **términos sinónimos** pero por razones de tradición histórica el primero de los términos tiene más raigambre en Latinoamérica, mientras que el *comiso sin condena*, se aplica más en ámbitos “internacionales” como en efecto se puede leer de UNCAC, CNUCTISS, CNUCDOT y los demás instrumentos analizados pormenorizadamente en los capítulos primero y tercero del presente libro.

Sin embargo, a pesar de la aparente y elemental sinonimia que nos indica la LMEDO, sí podemos afirmar la existencia de diferencias en ámbitos que van más allá de lo conceptual. Específicamente, si cotejamos no solo la LMEDO y las leyes que han aprobado la extinción de dominio en América Latina con la UNCAC 2003, encontraremos divergencias que nos obligan a plantearnos sobre la pertinencia de acogernos en un futuro próximo o bien a la *extinción de dominio* o al *comiso* autónomo. Visto así, podemos encontrar algunas discrepancias entre la extinción de dominio con el *comiso* autónomo en lo relativo a sus fuentes, naturaleza, alcance y fundamento.

En relación a su **fuerza**, el *comiso* autónomo aparece de forma evidente en los tratados y convenciones internacionales. En ningún documento transnacional de la lucha contra la corrupción, se hace referencia alguna a la *extinción de dominio*. Ni siquiera en la CONVENCIÓN INTER-

⁴¹⁹ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 2011, *Ley Modelo sobre extinción de dominio*, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

AMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN de 1996 se hace alusión alguna a la extinción, siendo ésta última, contemplada desde 1936 en la legislación agraria colombiana y elevada al plano constitucional desde 1991.

Esto nos lleva a cotejar que la *extinción de dominio* ha sido una figura reconocida directamente por la Constitución de Colombia (Art. 34), lo que la configura con rango y naturaleza constitucional⁴²⁰, es decir, es una creación directa del constituyente que puede aplicarse de forma directa e inclusive, sujeta a que en su petición, ante la ausencia de ley expresa que la regule, pueda el juez otorgarla en razón de su mera concreción sin alegar teorías sobre *normas programáticas* que durante mucho tiempo estuvieron vigentes en Venezuela⁴²¹. Inclusive, pudiera fundamentar en una hermenéutica más progresista, la posibilidad de ejercer un *control de la convencionalidad* o inclusive un amparo o acción de tutela por parte del Estado, al verse este último como una “víctima” de la corrupción.

Esto nos lleva a un problema sobre cómo debería el legislador acogerla, ya que, si bien encontramos un horizonte conceptual, éste a veces luce ausente por lo que el legislador ordinario debe aplicar algo más allá de la mera ponderación de bienes e intereses.

⁴²⁰ Explica SANTANDER ABRIL, G. ... *La nueva estructura del proceso de extinción de dominio* ... 2015, p. 53, lo siguiente: “(...) Uno de los aspectos más complejos de la acción de extinción de dominio es el relacionado con su naturaleza jurídica, pues las discusiones al respecto no han sido pacíficas, como bien se puede observar en las sentencias de constitucionalidad C-374, C-409, C-539 de 1997, C-1708 de 2000 y T 212 de 2001, discusión que solo quedó zanjada con posterioridad a la expedición de la Ley 793, concretamente a través de la sentencia C-740 de 2003, que con ponencia del magistrado Jorge Córdoba Triviño puso fin a la discusión, indicando que la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio era “constitucional”, lo cual dejaba esa acción a la par de las demás acciones constitucionales, como la tutela, de cumplimiento, populares y de grupo, con la salvedad de reconocer a la extinción de dominio como la única acción que está reservada para que el Estado asegure el cumplimiento de sus propios fines (...)”.

⁴²¹ Entendemos por normas programáticas “(...) Normas que no contienen proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de políticas legislativas, o a declarar derechos cuya consagración definitiva, dotando a las normas declarativas de eficacia plena, se deja a la intervención posterior del legislador secundario (...)”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*, RAE, Madrid, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/norma-program%C3%A1tica> [Consulta: 28 de agosto de 2020]

Al contrario, el *comiso* autónomo no se encuentra consagrada en ninguna Constitución Latinoamericana, pero, es el término más recurrente de los tratados suscritos por los Estados contra la corrupción y toda forma de delincuencia económica.

Sobre su **naturaleza**, la *extinción de dominio* no oculta su inclinación hacia la teoría del *enriquecimiento sin causa*, mientras que, el *comiso* autónomo se debate entre los apologistas de aquella tesis y los que determinan que es una *accesoriedad*, como de suyo ocurre en la legislación europea, sobre todo, la española que analizamos de forma pormenorizada en el capítulo anterior. Al respecto vale la pena resaltar lo que indica la LME-DO sobre la naturaleza jurídica de la extinción de dominio al establecer:

Artículo 2. Concepto. La extinción de dominio es una **consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado**, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna (Negrillas y subrayado nuestro)

En el Ley mexicana⁴²², colombiana⁴²³, peruana⁴²⁴ y salvadoreña⁴²⁵, se ratifica que la *extinción de dominio* es una acción de carácter real que interpone el Estado en razón de su disminución patrimonial e incremento sin causa de un particular, todo enmarcado dentro de conductas “ilícitas”. Así, no queda dudas que los legisladores latinoamericanos han concebido una forma peculiar, diferente a la tradicional acción por enriquecimiento

⁴²² Artículo 3 de la *Ley Nacional de Extinción de Dominio* de 2019.

⁴²³ Artículo 16.4 de la Ley número 1.708 de 2014 contentiva del *Código de Extinción de Dominio*.

⁴²⁴ Artículo III, 3.11 del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio “(...) 3.11. Incremento patrimonial no justificado: aumento del patrimonio o del gasto económico de una persona natural o jurídica notoriamente superior al que normalmente haya podido percibir en virtud de su actividad laboral o económica lícita o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, existiendo elementos que permitan considerar razonablemente que dicho incremento patrimonial proviene de actividades ilícitas (...)”.

⁴²⁵ Véase Decreto legislativo 534/2013 y el 734/2017, éste último, contentivo de la reforma de la *Ley Especial de Extinción de Dominio de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*. Artículo 6. Son presupuestos de la procedencia de la acción de extinción de dominio, los siguientes: (...) Omisión (...) c) Cuando se trate de bienes que constituyen un incremento patrimonial no justificado de toda persona natural o jurídica, que provengan de actividades ilícitas.

sin causa, para conductas que si bien no requiere de una condenatoria penal, si están vinculados de alguna forma a la actividad delictual, sobre todo, aquellas que hemos descrita a lo largo de este libro como de criminalidad económica.

En lo atinente al **alcance**, la *extinción de dominio* es mucho más omnicompresiva que el *comiso* autónomo. En éste último se ha vinculado su aplicación a aquellos bienes enmarcados como réditos exclusivos de los delitos contra la corrupción, como apunta el artículo 54.1, c) de UNCAC, mientras que, la *extinción de dominio* abarca todos los comportamientos punibles que sean origen de “ilicitud”, como en efecto, indica pormenorizadamente la Ley salvadoreña 534/2013 reformada por la 743/2017⁴²⁶, que precisa mejor un catálogo de “conductas consideradas ilícitas”, dado que, en la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, no especifican cuáles ámbitos deben considerarse como “actividad ilícita”.

Finalmente, en lo que respecta al **fundamento**, si bien ambas instituciones poseen una finalidad común como es prescindir de una condena penal para proceder a la recuperación de los activos producto de actividades ilícitas, en la *extinción de dominio* se afina ese por qué de su existencia en la falta de consolidación o legitimidad del titular del derecho real propiedad, es decir, que la *ilicitud* para obtener dicho bien ha sido motivo

⁴²⁶ Establece el artículo 5 de la *Ley Especial de Extinción de Dominio de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita*, lo siguiente: “Art. 5- La presente ley se aplicará sobre cualquiera de los bienes que se encuentran descritos en los presupuestos que dan lugar a la extinción de dominio y provengan de o se destinen a actividades relacionadas o conexas al lavado de dinero y activos, al crimen organizado, maras o pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, actos de terrorismo, tráfico de armas, tráfico y trata de personas, delitos relacionados con drogas, delitos informáticos, de la corrupción, delitos relativos a la Hacienda Pública y todos aquellos hechos punibles que generen beneficio económico u otro beneficio de orden material, realizadas de manera individual, colectiva, o a través de grupos delictivos organizados o estructurados.

En los casos detallados, el juez de la causa deberá razonar fehacientemente la existencia de los presupuestos a fin que proceda la extinción de dominio e individualizar y determinar el origen o destinación ilícita de los bienes.

Para el caso de las organizaciones terroristas, tales como maras o pandillas y crimen organizado se presumirá el incremento patrimonial no justificado para efecto de la extinción de dominio”.

suficiente para evitar consolidar el dominio o propiedad. Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha establecido⁴²⁷:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué **legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno**. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, **con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario**. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

A diferencia de la *extinción de dominio*, el *comiso* autónomo no cuestiona en sí la constitucionalidad del origen de la propiedad adquirida de forma ilícita, sino que, al concretarse los supuestos legales (presunciones de ley como indicamos en el capítulo tercero); sería procedente el *comiso* de bienes sin requerir una sentencia condenatoria penal previa.

Como pudimos explicar en los párrafos que preceden, encontramos diferencias no sólo en cuanto al aspecto semántico de los términos *comiso* y *extinción de dominio*, sino en cuanto al tratamiento, fuente, alcance y naturaleza evidente de estas modalidades de privación propietaria sin un proceso penal previo. Es por ello, que una vez verificada las principales patologías de ambas instituciones, sea necesario revisar cuál sería la más pertinente para el marco constitucional y legal venezolano, que como explicaremos en el siguiente capítulo, está repleto de una serie de inconve-

⁴²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*).

nientes y demás obstáculos que deberá sortear el legislador nacional de cara a una reforma integral sobre la materia. De plano, descartamos cualquier versión que obligue a asumir la *extinción de dominio* por el simple hecho de ser confección dogmático-jurídica latinoamericana.

VI. LAS OPINIONES Y CONTROVERSIAS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO POR VIOLENTAR LOS PRECEPTOS DE TRATADOS Y CONVENCIONES AMERICANAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por mucho que la *extinción de dominio* sea generalizada en Latinoamérica, e inclusive, de rango constitucional como ocurre en Colombia; se han presentado fricciones entre aquellos que conciben a la *extinción de dominio* como una solución imprescindible contra la delincuencia económica y los que observan –expresa o vedada– que puede representar una flagrante violación a principios constitucionales relativos a los derechos de propiedad.

Como hemos explicado a lo largo del presente ensayo, la institución del *comiso* autónomo o *extinción de dominio* no ha sido de fácil aceptación en nuestros países, hasta el punto, un buen número de legislaciones latinoamericanas han realizado el cometido indicado en el artículo 54,1 c) UNCAC 2003⁴²⁸ con respecto a la desvinculación del comiso de la sentencia condenatoria penal, pero, calificándolo expresamente como *extinción de dominio*. A ello se le suma el hecho de las discrepancias que puede conllevar la aceptación de la tesis expansiva del Derecho penal a dos velocidades donde todo apunta que el mismo será menos garantista donde se flexibilizarán las reglas de imputación⁴²⁹.

Sin embargo, a pesar de las polémicas, urge su aplicación inmediata porque los delitos de corrupción cada día carcomen las bases económicas de los Estados, hasta el punto que se estima que los montos en recursos producto de sobornos en países en desarrollo o transición, rondan entre el

⁴²⁸ En América Latina eran relativamente pocos los países que habían regulado con especial detenimiento al *comiso* autónomo o *extinción de dominio* como suele llamarse en esta porción geográfica, tal como advertía, JORGE, G... *La recuperación de activos de la corrupción ...* 2008, pp. 67-91, para la fecha en que aparece la publicación. Diez años después, desde 2017 en adelante, casi todos los países han asumido una ley especial que regula la extinción de dominio, bebiendo como fuente, la Ley Modelo sobre extinción de dominio de 2011 concebida por UNODC.

⁴²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, pp. 83-84.

orden de los 20.000 y 40.000 millones de dólares anuales⁴³⁰. Una cifra escandalosa que pudiera palidecer cualquier controversia constitucional derivada de mecanismos efectivos como ha sido la *extinción de dominio*.

Lo que si podemos precisar en este momento, son las polémicas generadas a la luz de la hermenéutica de los principios constitucionales vigentes en relación a la aceptación de la *extinción de dominio*. A nuestro juicio, estas polémicas las calificamos como *problemas colaterales*, en razón que buena parte de ellos responde a una óptica determinada del estado social de Derecho sometida permanentemente a una evolución por sociedad. Ninguno de los que señalaremos tiene sello de ser infranqueable, es decir, de imposible superación. Esto nos lleva a la elucidación permanente de todo el sector doctrinal penal para determinar fórmulas equilibradas y así hacer operativo el *comiso* autónomo o *extinción de dominio* según se acoja cada término en una legislación específica.

El primer problema colateral es la *confrontación directa con las garantías constitucionales derivadas del Derecho penal*, más específicamente, del Derecho penal clásico o como le llama SILVA SÁNCHEZ, el “buen derecho penal liberal”⁴³¹. Al respecto somos de la tesis que se superará en la medida que se consensue un marco actualizado garantista sobre lo que en sí debe resguardar el Derecho penal en la globalización y lo que puede ser optativo en razón a la peligrosa actividad criminal. Este consenso debe estar de la mano con la jurisprudencia de los más altos tribunales, a los efectos de otorgarle coercibilidad y facilitar su implementación, allanándole el camino al legislador formal sin que gravite el permanente miedo a que sus leyes sean anuladas por inconstitucionalidad a través del mecanismo del control concentrado o modelo vienés⁴³².

⁴³⁰ GREENBERG, T, SAMUEL, L., GRANT, W. y GRAY, L. *Ob. cit.*, 2009, p. XII.

⁴³¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Ob. cit.*, 2011, p. 165.

⁴³² Sobre el control concentrado de la constitucionalidad, véase BREWER-CARÍAS, A.R. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, Cuadernos de la Cátedra Fundacional de la Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 1994. FERNÁNDEZ SEGADO, F. *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013. TORRES DÍAZ, M.C. *La Justicia Constitucional desde el estudio crítico de casos: Análisis jurisprudencial*, en: AAVV. *XIV Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria: investigación, innovación y enseñanza universitaria: enfoques pluridisciplinares*, Universidad de Alicante, Alicante, 2016, pp. 1303-1319.

El segundo problema es la relativa a *las garantías sobre la presunción de inocencia y sus tensiones con la búsqueda del origen de la titularidad de los bienes objeto de la extinción de dominio*. Como se indicó, lo capital en la institución es prescindir de una sentencia condenatoria penal, pero, lograr que efectivamente los bienes objeto del procedimiento, tienen un claro origen ilícito, es decir, que por las vías reglamentadas en los ordenamientos jurídicos esa persona no hubiera podido adquirirlos. Es como señalar que se es inocente en principio y todo su patrimonio así lo es, pero ..., los puntos suspensivos nos obligan a calificar preventivamente que no es así. Esta segunda colateralidad nos lleva a la tercera.

La tercera es la relativa al *régimen probatorio basado en indicios con los cuales los jueces verifican presunciones*. Si precisamente como afirma MUÑOZ SABATÉ, “probar o sucumbir”⁴³³ es una garantía o límite del poder jurisdiccional, la cuestión de soportar toda esta actividad en pruebas indiciarias que posteriormente nos ayudarán en el razonamiento presuntorio; es un mecanismo telúrico que en buena medida dependerá del patrimonio hermenéutico del juez⁴³⁴, de su preparación y de las formas con las cuales encara el argumento de las partes, así exista expresamente una *Ley sobre extinción de dominio*. No es fácil manejar los indicios y encaminarlos hacia presunciones porque en éstas últimas, siempre existirá un margen de incertidumbre. En todo caso, la superación de las sospechas constitucionales a este régimen probatorio dependerá de la claridad y precisión del legislador, pues, si somos contestes que no puede incluirse bajo ninguna circunstancia las denominadas presunciones *hominis*⁴³⁵.

El cuarto problema colateral, y quizá más difícil, es la *superación de una cultura constitucional basada en concepciones clásicas*⁴³⁶, donde, si bien hay que consolidar aquellas que nos articuló el estado de Derecho frente a las arbitrariedades propias del poder; también debemos aceptar

⁴³³ MUÑOZ SABATÉ, L. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona, 1993, pp. 16 y ss. y 47 y ss.

⁴³⁴ Al respecto, nos llama la atención las reflexiones que sobre este caso introduce ZAGREBELSKI, G. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, pp. 26-32.

⁴³⁵ Véase AGUILÓ REGLA, J. “Las presunciones hominis y las inferencias probatorias”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n° 79, Lima, 2017, pp. 99-110.

⁴³⁶ Véase RUÍZ MIGUEL, C. *Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2013.

que pondrían en peligro las bases mismas de la sociedad ante una delincuencia económica organizada, tecnificada y sistematizada, que sabe ampararse bajo estos preceptos para, inclusive, protegerse del propio Estado.

Si bien no somos contestes con el *snobismo* en el Derecho, los problemas más delicados en nuestros sistemas jurídicos e instituciones pueden solventarse con un estudio comparativo equilibrado. Por otra parte, los Estados no pueden disponer de un doble rasero frente a su política criminal, el cual, por un lado, suscribe cuanto acuerdo internacional en materia penal sea acuñado; pero, por el otro, sostiene unas directrices criminales propias de un orden mundial acuñado por KELSEN y VEDROSS.

De esta forma, sabemos que estos cuatro problemas colaterales nunca serán resueltos en su totalidad, por más que el neo constitucionalismo⁴³⁷ se autobautice como el remedio ante dilemas conflagatorios del *in dubio pro libertate o in dubio pro legislatore*. Lo determinante será que al momento de abordarse la extinción de dominio en nuestras legislaciones, tengamos siempre presente que las tensiones colaterales nos acompañarán en todo momento.

Precisamente estas tensiones se han suscitado en Colombia, que ha sido objeto de demandas internacionales por violación de los derechos fundamentales vinculadas a la *extinción de dominio*. En efecto, hasta la fecha en que cerramos la presente edición, se han admitido a procedimiento por la Comisión Interamericana de los derechos humanos (CIDH)⁴³⁸, cuatro (04) casos directamente relacionados sobre la presunta violación de la presunción de inocencia –que se pudiera interpretar extensible hacia todas las materias más allá de lo penal, *vgr.* presunción propietaria de legitimidad– por la figura de la *extinción de dominio*. Hasta el momento, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

⁴³⁷ Véase BERNAL PULIDO, C. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 59-76.

⁴³⁸ Véase COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. *Informe n° 55/12* de fecha 20/03/2012, petición número 179-05 (Caso: *Jesús Amado Sarría Agredo e hijos vs. Colombia*). *Informe n° 48/17* de fecha 25/05/2017, petición número 338-07 (Caso: *Luis Fernando Leyva Micolta vs. Colombia*), *Informe n° 101/17* de fecha 05/09/2017, petición número 12.414 (Caso: *Alcides Torres Arias, Ángel David Quintero y otros vs. Colombia*). Al respecto, también, véase SEPÚLVEDA, R. y SANCHEZ, D. “Polémicas demandas contra Colombia en la CIDH por extinción de dominio”, en: *Diario El Tiempo*, Bogotá, edición de fecha 15 de marzo de 2020, en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/colombia-demandada-ante-la-cidh-para-devolver-bienes-expropiados-472842> [Consulta: 20 de marzo de 2020].

(CoIDH) no se ha pronunciado al fondo de estas controversias sobre si es violatoria a las garantías de los derechos fundamentales la *extinción de dominio*.

Sólo vamos a encontrar las sentencias emblemáticas relativas a la interpretación de los artículos que sobre los derechos de propiedad contempla la Convención Americana de los Derechos Humanos⁴³⁹ y otros instrumentos. Entre los alegatos de las partes afectadas por la *extinción de dominio* aplicada por el Estado colombiano, resalta el argumento de la presunción de legitimidad propietaria, es decir, vinculan obligatoriamente el principio universal de la presunción de inocencia con la legitimidad de adquisición inmobiliaria, inclusive, alegando criterios de la CoIDH pero sin conexión alguna con el carácter *in rem* de la *extinción de dominio*⁴⁴⁰.

En efecto, tal como estudiamos en las líneas precedentes, es un argumento forzoso el proyectar una garantía universal hacia la propiedad, pues, de ser viable este alegato, la propiedad perdería su sello característico en un estado social de Derecho, como es su carácter social no sólo en el goce sino también en su origen.

⁴³⁹ Artículo 21 de la *Convención Americana de los Derechos Humanos* (Pacto de San José, 1969). En cuanto a las sentencias, véase, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Caso: *Palamara Iribarne vs. Chile*), sentencia del 15 de junio de 2005 (Caso: *Comunidad Moiwana vs. Suriname*).

⁴⁴⁰ Específicamente con el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, de fecha 31 de agosto de 2004. En esta decisión, la Corte Interamericana hizo énfasis en el tema probatorio de la presunción de inocencia. Ahora bien, como apuntamos en las páginas precedentes, no estamos buscando en la extinción de dominio un tema sobre “culpabilidad” sino “ilicitud”, ambos, conceptos con ámbitos materiales nítidamente diferentes. También, véase Corte Interamericana de los Derechos Humanos, sentencia de fecha 2 de febrero de 2001 (Caso: *Baena Ricardo vs. Panamá*) y Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Caso: *Ivcher Bronstein vs. Perú*).

CAPÍTULO QUINTO:
EL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. PAUTAS PARA SU FUTURA RECEPCIÓN EN VENEZUELA

I. LA SOLUCIÓN PRESUNTAMENTE “PETREA” DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999 Y LAS DIFICULTADES CONSTITUCIONALES PARA INCORPORAR AL COMISO AUTÓNOMO O A LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

Hemos estudiado hasta el presente, los grandes rasgos, fundamentos y peculiaridades tanto del *comiso* autónomo como la *extinción de dominio*. Urge entonces la necesidad de precisar la posible incorporación en Venezuela sea de uno o de otro, tomando como base nuestra realidad teórico-constitucional, así como, el grado de aceptación y compromiso del país con los convenios internacionales suscritos válidamente, más precisamente, con la UNCAC 2003.

Ahora bien, antes que nada, debemos previamente revisar una situación normativa muy peculiar, la cual estriba de la integración de dos cláusulas constitucionales del texto fundamental en nuestro país vinculadas al tema del *comiso* en materia de enriquecimiento ilícito y tráfico de drogas. Una situación que pudiera comprometer la incorporación tanto del *comiso* autónomo, pero, más especialmente a la *extinción de dominio*. Hacemos referencia a la pregunta ¿y si la Constitución de 1999 no permite la inclusión de ninguno de estas instituciones?

Sin entrar a la escrupulosidad lingüística que muchas veces huye el legislador, es menester solventar este posible escollo para así despejar cualquier obstáculo al tema de la inclusión del *comiso* autónomo como una hipotética *extinción de dominio* en una futura legislación nacional

más acorde con el espíritu de la institución y de esta forma obtener, como apunta SANTANDER ABRIL⁴⁴¹, un mecanismo totalmente depurado.

Como hicimos mención *ut supra*, nuestra historia normativa vinculada al *comiso* en los casos de salvaguarda ha estado estrechamente supeditada a la tradición constitucional venezolana. En la Constitución de 1999, como se estudió, se incorporaron dos artículos que pudieran ser obstáculos tanto al mismo *comiso* como a la *extinción de dominio*, si atendemos su interpretación al pie de la letra y no como lo determina las nuevas tendencias de la hermenéutica constitucional⁴⁴².

En específico hacemos referencia al presunto carácter “pétreo” de los artículos 116 y 271 constitucional, cuya redacción final correspondió al también actual constituyente HERMANN ESCARRÁ⁴⁴³, que a simple vista

⁴⁴¹ SANTANDER ABRIL, G.... *La emancipación del comiso del proceso penal ...* 2017, p. 431.

⁴⁴² Véase GARCÍA BELAUNDE, D. “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 86, 1994, p. 9-37. También, véase GUASTINI, R. *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018. También CLAUDIA NIKKEN. *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*, Editorial Jurídica Venezolana - CIDEP, Caracas, 2019.

⁴⁴³ El abogado HERMANN ESCARRÁ MALAVÉ, que en 1999 fungió como uno de los redactores del proyecto de Constitución que finalmente fue aprobada en diciembre de ese año, dejó a un lado las advertencias formuladas por expertos en lo que atañe al tema de la *confiscación, incautación, comiso y lavado de activos*. Sería quien se limitaría a señalar que “ha quedado impecable la norma”, cuando en realidad, encerraba futuros problemas al legislador que en su proceso de ponderación le costaría incorporar otra figura que no fuera la <<confiscación>> al momento de redactar las leyes penales sobre esta materia. Desde el 9 de agosto de 2017, el citado abogado se encuentra sancionado por el DEPARTAMENTO DEL TESORO DE LOS ESTADOS UNIDOS, en razón de su vinculación con el gobierno de NICOLÁS MADURO, así como, por otros presuntos fraudes institucionales [véase: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/sm0145.aspx>]. En la actualidad, HERMANN ESCARRÁ forma parte de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) conformada de forma irregular en 2017 y que, de manera insólita, no ha presentado siquiera una nueva propuesta de Constitución. Sobre los pormenores de la arbitraria ANC, véase BREWER-CARIAS, A.R. y SOTO, C. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

denota descuido y desconocimiento en los términos, muy a pesar que en esa constituyente se advirtió que se jugaban con “palabras delicadas”⁴⁴⁴.

Si se revisa con detenimiento el 271 constitucional tantas veces analizado, se coló la expresión “(...) *deslegitimación de capitales* (...)”, y no “legitimación”, éste último, término correcto en la materia. La sugerencia de colocar “deslegitimación”, proviene de las recomendaciones del citado abogado, supuestamente para adecuarlo a la acepción común en español, resaltando un desconocimiento técnico sobre los alcances y dimensiones de esta institución de carácter global transnacional. Con esta “pesada carga” del texto constitucional, no sólo cerramos las puertas a una de las áreas internacionales más precisadas y de intenso debate académico-forense, como es la lucha contra la corrupción y el crimen organizado; sino, que constitucionalizamos un concepto *inexistente* como es la alelada frase “*deslegitimación*”.

A pesar de estas advertencias, nuestro texto de 1999 terminó plasmados bajo el siguiente tenor:

“(...) **Artículo 116.** No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser **objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y de los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes** (...)”

Artículo 271. En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, **o contra el patrimonio público** o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, **previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.**

⁴⁴⁴ Expresión empleada por el constituyente de 1999, JORGE OLAVARRÍA. *Actas y debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, Tomo III, pp. 976-977.

El procedimiento referente a los delitos mencionados será público, oral y breve, respetándose el debido proceso, estando facultada la autoridad judicial competente para dictar las medidas cautelares preventivas necesarias contra bienes propiedad del imputado o de sus interpósitas personas, a los fines de garantizar su eventual responsabilidad civil (...)” (Subrayado y negrillas nuestras)

Si nos apegamos a la letra de la ley bajo una exégesis férrea, casi hebraica, sería prácticamente imposible asumir en Venezuela lo dispuesto en el artículo 54.1, c) de la UNCAC, en razón que sólo procedería la figura de la “*confiscación*”. De igual forma, la *extinción de dominio* estaría más que vedada, pues, se alegaría la tesis que el texto constitucional contempla una manera de “extinguir la propiedad”, como es la confiscación. En su interpretación clásica, el *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* estarían prácticamente liquidados al ser una limitante constitucional en la ponderación del legislador el vocablo *confiscación* para los delitos que expresamente señalan el 116 y el 271 constitucional.

Tampoco podemos apegarnos a la tradición latinoamericana del desorden lingüístico que expuso en su tiempo el profesor HENAO al estudiar el *comiso* en Colombia, usando indistintamente el término con el de *confiscación*. Ni siquiera pudiéramos hacer una suerte de integración de las superadas⁴⁴⁵ teorías del *mens legis - mens legislatoris*, autorizando al intérprete para que conjeturase qué fue lo que realmente deseaba el legislador (rectius el constituyente), máxime como afirman ECO y VATTIMO⁴⁴⁶, también existe dos intenciones en la norma, la del intérprete y la de las partes en un proceso.

⁴⁴⁵ Sobre este particular de la teoría de las intenciones en la interpretación de la Ley, véase MARTÍN OVIEDO, J. *Formación y aplicación del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, p. 75-90.

⁴⁴⁶ Para la teoría hermenéutica contemporánea, la intención como criterio para definir un texto, es abordada desde una triple óptica: a.- La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*; b.- La interpretación como hallazgo de la *intentio operis*; y, c.- La interpretación como imposición de la *intentio lectoris*. Para el caso de las normas de interpretación donde el legislador “sugiere” unos cánones interpretativos, la armonización de las tres intenciones argumenta la búsqueda del tercer horizonte del que no disponen las partes ni el juez para resolver el conflicto, pero, en el cual y por el cual están dispuestos a argumentar. VATTIMO, G. “La hermenéutica como Koiné”, *Revista de Occidente*, nº 80, 1988, p. 80. ECO, U. *Los límites de la interpretación*, Editorial Lumen, Barcelona, 2000, p. 29.

Por ello, calificamos como problema el tema constitucional y su errónea inclinación por la confiscación de bienes cuando la recta técnica legislativa indicaba dejar una cláusula abierta para que el legislador, y posteriormente, el intérprete judicial; determinaran este escollo que nos impide asumir un *comiso* autónomo o una *extinción de dominio*. Incluso, buena parte de la literatura venezolana especializada sobre la materia anticorrupción se inclina abiertamente hacia la confiscación⁴⁴⁷.

En estos casos de limitación constitucional, la sugerencia para dar cabida a los fundamentos de la teoría del Derecho penal a dos velocidades, la obligatoriedad de las disposiciones de la UNCAC y las orientaciones del Derecho comparado, específicamente, las soluciones asumidas en el espacio comunitario europeo y la presencia de una LEY MODELO PARA EXTINCIÓN DE DOMINIO; parte por aceptar que existe en materia de defensa de los derechos fundamentales la denominada supraconstitucionalidad⁴⁴⁸.

En efecto, en materia de los derechos fundamentales se ha aceptado la existencia de normas que se encuentran en rango más elevado a los textos constitucionales de los Estados, en razón que la materia va más allá de los límites de la soberanía. Al ser un patrimonio común de todos los seres humanos, no puede alegarse condicionantes jurídicos por mucho que hayan sido previstos por un constituyente.

No es un derecho internacional de los derechos humanos, sino, un marco al cual el propio constituyente debe subordinarse, pues, los derechos fundamentales son y serán una fuente permanente y evolutiva del Derecho constitucional y del resto de los sistemas normativos. Por ello, en países donde no funciona una mecánica comunitaria –como Venezuela–, existe un mecanismo denominado *Control de la convencionalidad de los tratados, convenios y demás instrumentos regulatorios de los derechos fundamentales*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ MORENO BRANDT, C. *El procedimiento en la Ley contra la Corrupción*, en: AAVV. *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2008, p. 199-200.

⁴⁴⁸ Al respecto, véase BIDART CAMPOS, G. *Los derechos no enumerados en la Constitución*, en: AAVV. *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Vol. I, Caracas, 2001, p. 225-234.

⁴⁴⁹ Sobre los pormenores y funcionamiento del control de la convencionalidad en América Latina, véase BREWER-CARIAS, A.R., JINESTA LOBO, E., HERNÁNDEZ-

La primera garantía existente es precisamente *la legislación*. Es el legislador quien articula a través del sistema de leyes, la exactitud sobre cómo debe ser moldeado un derecho fundamental. Y muchas veces, la garantía se formula con reglas odiosas, es decir, con un régimen sancionatorio contra aquellos que atenten contra los derechos fundamentales. En el caso que nos atañe, en Venezuela, existe el *derecho a una administración pública transparente* como lo establece el artículo 141 de la Constitución de 1999 en los siguientes términos:

“(…) Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los **principios de honestidad**, participación, celeridad, **eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad** en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Ahora pudiera alegarse que el 116 y 271 también tienen el mismo rango que el 141 constitucional. Ante esta situación, el propio constituyente venezolano introduce un dispositivo para solventar los futurables escollos intranormativos. El artículo 23 *ejusdem*, contempla:

“(…) Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, **tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa** por los tribunales y demás órganos del Poder Público (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El texto trajo polémica en la constituyente de 1999 como lo explica el profesor venezolano y ex Presidente de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, CARLOS AYALA CORAO⁴⁵⁰; en razón que para los más soberanistas era abrir las puertas a cualquier disposición internacional que perjudicara a Venezuela.

MENDIBLE, V. y SANTOFIMIO GAMBOA, J.O. *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015.

⁴⁵⁰ AYALA CORAO, C. *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias*, en: AAVV. *Bases y principios del sistema constitucional venezolano*, Universidad Católica del Táchira, Vol. I, San Cristóbal (Venezuela), 2001, p. 167-240.

Sin embargo, el artículo 23 lo que realmente efectúa es un proceso de sinceración sobre la materia, pues, en razón del principio de progresividad de los derechos fundamentales, buena parte de la regulación legislativa tiende a quedarse atrás ante los aportes diarios que formula la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo, la jurisprudencia de las cortes de los derechos humanos como el caso de la CORTE EUROPEA o la CORTE INTER-AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS con sede en San José de Costa Rica.

Al ser Venezuela co-suscribiente de la UNCAC 2003, aplicando lo preceptuado en el artículo 23 constitucional, todos aquellos mecanismos que traiga consigo la mejor garantía en dicha convención para materializar de forma efectiva lo dispuesto en nuestro 141 *ejusdem*, debería ser referente “obligatorio y de inmediata y directa aplicación”, es decir, que no podemos limitarnos a la *confiscación* que menciona el artículo 116 y 271 constitucional como sanción accesoria a los delitos que son relacionados con la corrupción, que a la final, cuando un funcionario público los comete e intervienen terceros no vinculados al delito, se verifica un proceso de conculcación a los derechos humanos de la población.

El *comiso* autónomo o *extinción de domino* es una de esas garantías que permitirá mejorar el combate contra la corrupción y por ende, una manera de restituir las situaciones jurídicas infringidas contra toda la población por delitos de salvaguarda del patrimonio público. De esta manera, tenemos que, el artículo 23 abre la puerta para fundamentar el *comiso* autónomo o la *extinción de dominio* en la futura legislación que lo contemple en Venezuela, quebrando la limitación constitucional de los artículos 116 y 271 que centraron su mirada en la *confiscación*. Puerta que también se abre para sus sustento teórico en la tesis del Derecho penal a dos velocidades y las disposiciones del artículo 54.1, c) de la UNCAC.

El único problema que trae consigo esta solución, ha sido las trabas de corte político impuestas por el Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional desde hace más de una década. La aplicación del artículo 23 tiene una ventaja y también una debilidad institucional: *su interpretación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano*. La Sala, en los 20 años de fundada, ha sobredimensionado con su interpretación, las facultades que constitucional⁴⁵¹ y legalmente⁴⁵² le son

⁴⁵¹ Artículo 335 de la Constitución de 1999: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpre-

atribuidas⁴⁵³. Además, incorporó maneras sobre cómo interpretar la Constitución, “(...) *comprometiéndose con la mejor teoría política que subyace con el sistema que se interpreta (...)*”⁴⁵⁴.

Este anclaje fue expresamente empleado en 2003 cuando en un caso emblemático (*Impugnación por inconstitucionalidad de los artículos del código penal venezolano sobre leyes de desacato*), la Sala interpretó el artículo 23 de la Constitución⁴⁵⁵. De forma “asombrosa”, dispuso en el fallo lo siguiente:

“(...) Es la Sala Constitucional **quien determina** cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, **prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Lo dispuesto en este fallo desvirtúa la regla del artículo 23 constitucional, pues, tal como lo estudiamos, en el texto no existe atribución directa a ningún órgano constituido del Poder Público (ni siquiera jurisdiccional) para que fungiera como una suerte de “filtro” sobre cuál tratado se

tación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

⁴⁵² Artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (ordinario), n° 39.483 de fecha 9 de agosto de 2010.

⁴⁵³ En efecto, la Sala Constitucional ha sido la principal fuente de polémicas en los 21 años de vigencia de la Constitución de 1999, erigiéndose en algo así como el supremo poder por sobre el resto de los órganos del Poder Público. No en vano, el 31 de marzo de 2017, el ex constituyente y ex Fiscal General de la República (2002-2007), Isaías Rodríguez, afirmaría “(...) *la Sala Constitucional es quien tiene todo el poder en Venezuela (...)*”. Declaraciones que se encuentran en el portal web oficial del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información (MINCI) [<http://www.minci.gob.ve/isaias-rodriguez-sentencia-del-tsj-esta-ajustada-derecho/>].

⁴⁵⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 1.309 de fecha 19 de julio de 2001 (Caso: *Hermann Escarrá Malavé*).

⁴⁵⁵ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 1.942 de fecha 15 de julio de 2003 (Caso: *Nulidad de los delitos de desacato en el Código Penal*).

aplica o cual derecho debe tener vigencia en Venezuela⁴⁵⁶. En pocas palabras, crea una suerte de una inconstitucional suprema discrecionalidad judicial, trasladando, lamentablemente la fórmula de KLITGAARD a la Sala Constitucional del TSJ venezolano.

Esto coloca en una situación de fragilidad la inclusión de los mecanismos previstos en el artículo 54.1, c) de la UNCAC o en la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, en razón que dependería de un control jurisdiccional previo de la Sala Constitucional para verificar la procedencia o no, por ejemplo, del *comiso* autónomo o la *extinción de dominio* en Venezuela en ausencia de una legislación que lo regule y aplique expresamente.

De esta manera, queda arbitrariamente en manos de un Tribunal Supremo, más específicamente de los 7 magistrados que conforman la Sala Constitucional, la viabilidad y legitimidad de la *extinción de dominio* o el *comiso* autónomo y su concreción en nuestro país. Sin embargo, a pesar de este criterio lamentablemente vinculante por efecto constitucional, somos de la tesis que mientras no se plantee un recurso de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley o una vez sancionada y publicada en Gaceta Oficial; no podemos dar por descartado el *comiso* autónomo o *extinción de dominio* en delitos contra la Corrupción o por el tráfico de estupefacientes y sicotrópicos.

Como punto final de esta parte, visto las complicaciones en Venezuela generadas por la jurisprudencia de la Sala Constitucional del TSJ, nos centraremos en la búsqueda de cómo pudiera ser la tipología y naturaleza del *comiso* autónomo o *extinción de dominio* en la futura legislación venezolana contra la corrupción que lo contemple. En todos los instrumentos legales venezolanos sólo se concibe es el comiso directo o tradicional. Lo ideal sería que operara una reforma constitucional modificando sustancialmente los artículos 116 y 271 del texto de 1999 enmendado en 2009.

Sin embargo, para la procedencia de esta solución, tendríamos que pasar primero por un cambio político integral, que implique la urgente modificación de algunos preceptos de 1999 en razón de su desatinada

⁴⁵⁶ Véase ARTEAGA SÁNCHEZ, A. *Aspectos penales de la sentencia 1942*, en: AAVV. *Sentencia 1942 Vs. Libertad de expresión: comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*, Comisión Andina de Juristas, Caracas, 2003.

redacción, o como en el caso que nos atañe, la impertinente incorporación del mecanismo de la confiscación como única herramienta para extinguir la propiedad de aquellos bienes adquiridos de forma ilícita.

II. EL PROYECTO DE LEY DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PROVENIENTES DE LA CORRUPCIÓN

Muy a pesar de las trabas innecesarias de la Sala Constitucional del TSJ, somos de la tesis que una nueva Asamblea Nacional –siempre y cuando sea electa de forma democrática y con las garantías electorales plenas– pueda sacar adelante una propuesta legislativa que de forma urgente incorpore o bien la figura del *comiso* autónomo o la *extinción de dominio*.

En 2017, la Asamblea Nacional del período constitucional 2016-2021, trabajó las figuras del *comiso* autónomo o *extinción de dominio* incorporándolos en un documento normativo denominado *Proyecto de Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción*⁴⁵⁷. Sin embargo, la diatriba política de notoriedad comunicacional global que enfrenta con el Poder Ejecutivo (liderada por NICOLÁS MADURO); no ha podido siquiera darlo a conocer entre la comunidad jurídica venezolana. Poco se conoció en su momento sobre el contenido de la citada propuesta legislativa, en razón de las dificultades tanto operativas como presupuestarias a la que se ha sometido el parlamento nacional desde 2016 con un sinnúmero de sentencias de la Sala Constitucional del TSJ⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ El proyecto de Ley contempla el Capítulo III del Título III con el mote “De Acción de Extinción de Dominio”, su artículo 56 que determina “(...) *La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal o de otra naturaleza que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley.*

En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de extinción de dominio.

Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme (...)”.

⁴⁵⁸ Véase URBINA MENDOZA, E., “Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del Tribu-

Hasta el momento en que cerramos el presente ensayo, sólo ha existido esta iniciativa de 2017 introducida ante la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela que lleva por título LEY DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN⁴⁵⁹ (LERAPC). A pesar de la soberana ponderación del legislador para la calificación de los textos normativos, y respetando los motivos legítimos de los proyectistas, nos inclinamos –tomando como referencia teórica lo expuesto en los capítulos precedentes– más hacia la denominación “**LEY SOBRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y ACCIONES PATRIMONIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN**”.

Hay que tener mucho cuidado con los términos técnicos tales como recuperación de activos, *comiso* autónomo, *extinción de dominio*, lavado de activos, corrupción y otros que hemos estudiado a lo largo del presente ensayo. Su inclusión en un texto legislativo no puede ser porque “guste más al español”, como lamentablemente ocurrió en la redacción del artículo 271 constitucional, que para adecuarlo supuestamente a ese español se plasmó en el texto la palabra “deslegitimación de capitales”, cuando el término global correcto es “legitimación de capitales”.

Si estamos contestes que ha sido el primer paso para comenzar a cercar la delincuencia económica en Venezuela, que ante el grave deterioro de la moral social; un instrumento definitorio sobre cómo debería entender nuestro país una lucha frontal contra esta lacra. Debemos recordar, tal como lo explicamos en el capítulo anterior al analizar la figura de la *extinción de dominio*, que cerrarnos dentro de las esferas epistemológicas del Derecho penal no es la solución para enfrentarnos a la empresa criminal de la corrupción. Es ir más allá de la simple “culpabilidad” y ampliar hacia los bienes el concepto de “ilicitud” de conformidad con los fines esenciales del estado social de Derecho.

1. *Estructura del proyecto de Ley de Recuperación de activos producto de la Corrupción*

El proyecto de la LERAPC consta de 126 artículos y 6 disposiciones transitorias, que además de reglamentar lo concerniente a la lucha contra

nal Supremo de Justicia de Venezuela 2016-2018”, *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, 2018, pp. 461-497.

⁴⁵⁹ El proyecto de ley fue introducido en 2018 y aprobado en segunda discusión el 4 de diciembre de 2018, como fue ampliamente reseñado por la prensa venezolana [<https://www.eluniversal.com/politica/27419/parlamento-aprobo-ley-de-recuperacion-de-activos-asociados-a-hechos-de-corrupcion>]

la corrupción, dedica espacios para la institución del *comiso* y más precisamente para la *extinción de dominio*, que según la propia exposición de motivos nos indica:

“(…) En el Título III, la ley regula las acciones para la recuperación de activos, ubicándose dentro de los estándares internacionales y especialmente las recomendaciones que hace la iniciativa StAR, que enfatiza la necesidad de **combinar el decomiso penal con las posibilidades que ofrecen las acciones civiles**, para una mayor efectividad en la recuperación de activos.

Adicionalmente, la ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico la **acción de extinción de dominio o decomiso sin condena**, la cual es promovida por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC), como un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz, en términos de política criminal, para combatir la corrupción, toda vez, que se trata de una acción que persigue activos de origen ilícito, sin importar en manos de quien estén y sin la necesidad de una condena penal.

La acción de extinción de dominio ofrece innumerables ventajas a la hora de perseguir el producto del delito, dentro de las cuales resaltan, un menor estándar de pruebas, la posibilidad de juzgar en ausencia o de perseguir los activos en manos de interpuestas personas o de sus herederos, la posibilidad de recuperar el producto de actividades ilícitas que han dejado de ser delito y la posibilidad de ejercer acciones que no se retrasen en virtud de los recursos típicos del derecho penal.

Por esta razón, en este título se introduce en Venezuela la **acción de extinción de dominio**, basada en la ley modelo creada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) para América Latina y el Caribe, estableciéndose los supuestos en los que procede y su especial independencia del proceso penal.

Adicionalmente, se refuerza la legislación existente que regula el **decomiso penal y las acciones civiles que pueden ser utilizadas para la recuperación de activos**, estableciendo la forma de coordinar estas acciones con la extinción de dominio en la búsqueda de una eficiente recuperación.

En cuanto al decomiso penal, se le otorga competencia al juez penal para decretar medidas de aseguramiento sobre activos, cuyos titulares sean personas distintas al imputado y se regulan las situaciones en las cuales puede hacerse uso de esta potestad.

De igual forma, en cuanto a las acciones civiles, se establece la forma de calcular el daño producido al Estado por aquellos que participan o sean autores de actos de corrupción y la posibilidad de anular aquellos contratos en cuya formación se haya incurrido en actos de corrupción.

En el título IV se regula el procedimiento para las acciones civiles y la acción de extinción de dominio, estableciéndose un procedimiento judicial expedito, que se debe tramitar con independencia del proceso penal, bajo los parámetros establecidos en los artículos 26, 49 y 257 de la Constitución Nacional, favoreciendo la oralidad, simplificación y eficacia de los trámites.

Mediante este procedimiento se cumplen los estándares internacionales que permitirán el reconocimiento de las decisiones que se produzcan en otras jurisdicciones. En este sentido, se garantiza el derecho a la defensa, el debido proceso, el acceso a la doble instancia, se protegen los derechos de terceros de buena fe y la condena se logra a través de una sentencia con autoridad de cosa juzgada, dictada por un juez imparcial e independiente. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

El proyecto contempla la interacción tanto del *comiso* penal clásico que lamentablemente lo identifica como “confiscación en sede penal” (empleando la equívoca jerga del texto constitucional de 1999) con la *extinción de dominio*, así como también, las acciones civiles⁴⁶⁰. Sobre este particular, vale destacar que sorprende la omisión de la exposición de motivos del proyecto de ley, hacer mención a la experiencia constitucional y legal latinoamericana –sobre todo la colombiana que ha contemplado desde 1936 la figura– de la *extinción de dominio*, puesto que, no sólo la UNCAC divisa ese “comiso sin condena”, sino casi toda América Latina en los ordenamientos jurídicos que analizamos en el capítulo anterior (Colombia, Perú, El Salvador y México) al precisar los pormenores de la *extinción de dominio*.

⁴⁶⁰ Artículo 46.- Las acciones que pueden intentarse en la República para la recuperación de activos son el decomiso o confiscación en sede penal, la extinción de dominio regulada en esta ley y las acciones civiles contempladas en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, según el proyecto de ley comentado, tendríamos en el futuro, en Venezuela, tres tipos de ablaciones de la propiedad derivadas de la lucha contra la corrupción:

- * El comiso tradicional o penal.
- * La extinción de dominio.
- * Las acciones civiles.

Nos interesa detenernos en la regulación de la futura *acción de extinción de dominio* que la califica como de carácter real y patrimonial (*in rem*)⁴⁶¹, además de una connotación *adjetiva* sin ambages⁴⁶², de carácter imprescriptible⁴⁶³, quizá, siguiendo las tendencias latinoamericanas introducida por Colombia a nivel constitucional desde 1991 y sus diferentes leyes regulatorias estudiadas, aunque sorprendentemente, difiere mucho de lo propuesto en la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO de 2011⁴⁶⁴.

El artículo 56 del proyecto la consagra en los siguientes términos:

“(…)

Independencia de la acción

Artículo 56.- La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal o de otra naturaleza que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley.

⁴⁶¹ Artículo 53 del proyecto de la LERAPC.

⁴⁶² Artículo 54 del proyecto de la LERAPC.

⁴⁶³ Artículo 57 del proyecto de la LERAPC.

⁴⁶⁴ El artículo 2.5 del proyecto de la LERAPC establece que la extinción de dominio es: “(…) **Extinción de dominio.** Declaración de titularidad a favor del Estado de los activos ilícitos, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para el detentador (…)”. En la Ley Modelo para la Extinción de Dominio, se define a la misma en su artículo 2 “(…) **Artículo 2. Concepto.** La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna (…)”. Nótese que no existe una correspondencia, otorgándole el proyecto, efectos limitados.

En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de extinción de dominio.

Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado o confiscado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme. (...)”

De esta manera el *comiso* autónomo venezolano se identificaría plenamente dentro de las corrientes de la *extinción de dominio*, ésta última, institución civil enmarcada dentro de la política criminal en la lucha contra la corrupción y el tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, la cual, estudiamos con mayor precisión en el capítulo pasado.

Ahora bien, su aplicación no opera para cualquier caso. El proyecto regula los *indicios y presunciones* que debe sopesar el juez al momento de determinar la “ilicitud del origen de la propiedad del bien”, en las siguientes causales:

“(...)”

Causales

Artículo 55.- Se declarará el origen ilícito y extinguido el dominio sobre los activos que se encuentren en las circunstancias siguientes:

1. Sean producto directo o indirecto de actividades ilícitas en el territorio nacional o en el extranjero.
2. Se correspondan al objeto material de actividades ilícitas, salvo que la Ley disponga su destrucción.
3. Hayan sido utilizados como instrumentos para la ejecución 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. Formen parte de un incremento patrimonial no justificado de personas naturales o jurídicas, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas.

6. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de actividades ilícitas.

7. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con activos provenientes o vinculados a actividades ilícitas, de manera tal que sean inseparables.

8. Cuando se trate de activos declarados abandonados, de conformidad con lo establecido en esta ley.

9. Cuando se trate de activos de origen lícito cuyo valor sea equivalente a los que se encuentran considerados de origen ilícito dentro de los supuestos de los numerales anteriores y no haya sido posible su identificación, localización o aprehensión o habiéndolos encontrado, se acredite sobre éstos el derecho de un tercero de buena fe, conforme a la presente Ley.

Nótese que la ampliación del catálogo de indicios y presunciones, determinan y despejan pormenorizadamente algunas de las inquietudes manifestadas a lo largo del presente ensayo, relativas a las polémicas que trae consigo este peculiar método probatorio, máxime que fue por estas reglas las comenzaría el cimiento del *comiso* autónomo. Sin embargo, en relación a esta norma, consideramos que debería definirse que puede considerarse “ilícito”, como en efecto y ejemplo, sí lo hace el Decreto 1.373 de *extinción de dominio* peruano⁴⁶⁵ más allá de la definición que trae consigo el artículo 2.1 de la LERAPC.

Ahora bien, surge acá una situación bastante inconveniente y hasta contradictoria. Como observamos, en relación a los indicios y presunciones, el proyecto de LERAPC asume algunos componentes del Código Penal español en lo referente a los indicios, pero, obvia algunas hipótesis previstas en el artículo 6 de la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO, que más allá de los indicios y presunciones, también indican cuándo debería operar una vez el juez compruebe dichos elementos⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Artículo I, 2.9 del Decreto Legislativo 1.373 sobre Extinción de Dominio.

⁴⁶⁶ “(...) **Artículo 6. Presupuestos de la extinción de dominio.** La extinción de dominio procederá sobre:

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

Es importante detenernos en un componente indispensable para el proceso de *extinción de dominio*, de cara a la concreción de la LERAPC, y es el referente a la denominada *carga dinámica de la prueba* y el *balance de probabilidades* a los que hicimos alusión en el epígrafe final del capítulo tercero del presente ensayo.

La LERAPC contempla el siguiente artículo:

“(…) Carga y valoración de la prueba

Artículo 77.- Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso **deberán ser** probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos, por lo que se seguirá el **principio de la carga dinámica de la prueba**.

El juez realizará en análisis probatorio, considerando **los hechos suficientemente demostrados, a través de un balance de probabilidades**. (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

Tan igual como el numeral 2.9 del artículo II del Decreto Legislativo 1.373 sobre extinción de dominio peruano, la actividad probatoria en este proceso *sui generis* implica cierta exigencia para amparar la pretensión procesal que es nada menos y nada más que declarar extinguida la propiedad de un bien o conjunto de bienes en razón de su *ilicitud* de origen.

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

De esta forma, a la parte demandada se le exige la única prueba de acreditación del origen “lícito” de dicho bien, con la libertad probatoria debida y con la capacidad de las partes para hacer el correspondiente control de la prueba.

En el proceso, el Fiscal deberá ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables, de los cuales, permita inferir sin duda alguna o bien el origen o bien el destino ilícito del bien. Una vez que se admita la demanda, corresponderá al requerido demostrar lo contrario, es decir, que es bien posee una etiología lícita y que su función dentro del contexto de bienes del sistema jurídico es también ajustado a Derecho. Es por ello que estamos ante una *carga dinámica de la prueba*, pues, el requerido o demandado no sólo se contentaría con presentar argumentos probatorios de corte pasivo contrarios a los aportados por la Fiscalía⁴⁶⁷, sino también, otros que refuercen su dominio en relación al derecho real de propiedad, tales como, medios de pago para la compra del bien, forma, modo, recibos y facturas; la existencia de un crédito bancario legalmente otorgado, sus certificaciones de ingresos anuales antes de la adquisición del bien, etc.

La carga dinámica de la prueba tiene un reforzamiento racionalista en los principios de solidaridad, equidad, lealtad y buena fe procesal donde, la regla probatoria del *quien alega debe probar*, es reemplazada por *quien puede debe probar*. Con ello, no desconocemos ni queremos dar por eliminada la noción clásica de la carga de la prueba, sino, que busca complementarla en razón de la gravedad de los juicios de *extinción de dominio*, que como indicamos, es uno de los remedios radicales para combatir la delincuencia organizada.

En este sentido, el artículo 77 de la LERAPC se encuentra redactado casi con en los mismos términos que el previsto en Colombia en su Código de Extinción de Dominio (Ley 1708 de 2014)⁴⁶⁸, aunque con un condi-

⁴⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Sentencia C-086 de fecha 24-02-2016 (Caso: *Alejandro José Peñarredonda Franco y Helena Carolina Peñarredonda Franco vs. Inconstitucionalidad parcial del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 referido al Código General del Proceso*). Este fallo de la Corte Constitucional revisó pormenorizadamente los términos de la redacción del artículo 167 del Código General del Proceso, donde, hace mención precisamente a un problema que en materia de casos contra la corrupción, hemos hecho referencia en el capítulo tercero de este ensayo sobre las potestades discrecionales de los jueces en los procesos relativos o bien al *comiso* autónomo, o bien, a la *extinción de dominio*.

⁴⁶⁸ Artículo 152 del *Código de extinción de dominio*.

cionante muy peculiar y es el relativo al empleo del término “podrá”, una vez evalúe el material probatorio sea para declarar con o sin lugar una *extinción de dominio*. Veamos cómo está redactado el artículo 152 del citado Código colombiano:

“(…) **Artículo 152. Carga de la prueba.** Los hechos que sean materia de discusión dentro del proceso de extinción de dominio deberán ser probados por la parte que esté en mejores condiciones de obtener los medios de prueba necesarios para demostrarlos.

Sin perjuicio de lo anterior, por regla general, la Fiscalía General de la Nación tiene la carga de identificar, ubicar, recolectar y aportar los medios de prueba que demuestren la concurrencia de alguna de las causales previstas en la ley para la declaratoria de extinción de dominio y que el afectado no es titular de buena fe exenta de culpa. Y por su parte, quien alega ser titular del derecho real afectado tiene la carga de allegar los medios de prueba que demuestren los hechos en que funde su oposición a la declaratoria de extinción de dominio.

Cuando el afectado no allegue los medios de prueba requeridos para demostrar el fundamento de su oposición, el **juez podrá declarar extinguido** el derecho de dominio con base en los medios de prueba presentados por la Fiscalía General de la Nación, **siempre y cuando ellos demuestren la concurrencia de algunas de las causales y demás requisitos previstos en esta ley para tal efecto** (…)” (Negrillas y subrayado nuestro)

En este punto, vale la pena recordar lo que expresamos en el capítulo tercero sobre la redacción del artículo 127 SEXIES del Código Penal español, donde ese término “podrá”, es una forma para otorgarle poderes discrecionales al juez en materia de comiso autónomo, tal como se denominada en España. En nuestro proyecto de LERAPC, debemos a toda costa evitar esta circunstancia, pues, sencillamente trasladaríamos la ecuación de KLITGAARD del funcionario corrupto al juez que debe condenar dicha corrupción. En el Código colombiano, se observa en el *in fine* del artículo 152 transcrito íntegramente que dicho “podrá declarar extinguido” se objetiviza al obligar la demostración de las concurrencia de las causales y demás requisitos previstos en la ley.

En el caso venezolano, el artículo 77 de la LERAPC deberá concatenarse con lo previsto en los artículos 1354 del Código Civil y 506 del Có-

digo de Procedimiento Civil, incluyéndose este principio de *carga dinámica de la prueba*⁴⁶⁹. En este aspecto, visto que en la *extinción de dominio* al ser una *actio in rem*, no se indaga sobre la culpabilidad de un sujeto, sino a la “ilicitud del origen del bien”. Es por ello, que, pretender aplicar por vía supletoria el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), no sólo se desvirtuaría el tema de la carga probatoria, sino, la naturaleza misma del proceso mismo de *extinción de dominio*, ya que éste último, **no puede considerarse un proceso penal en su estricto sentido**⁴⁷⁰.

Junto a la carga dinámica de la prueba, el artículo 77 de la LERAPC incorpora el denominado *balance de probabilidades*. Tal como lo explicamos en el epígrafe final del capítulo tercero del presente ensayo, todo juicio sobre *comiso* autónomo o *extinción de dominio* recae más que todo en el tema de la prueba indiciaria, el cual, abordamos de forma suficiente. El *balance de probabilidades* permite una importante capacidad para reducir los errores judiciales en el tema de la apreciación probatoria, pues un estándar de preponderancia sirve para facilitar la aproximación de la verdad procesal con la verdad real⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Al respecto, véase HÉCTOR FERNÁNDEZ VÁSQUEZ. *Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga dinámica de la prueba*, Caracas, 2005, Trabajo Especial de Grado presentado para la especialización en Derecho procesal de la Universidad Católica Andrés Bello, consultada en original <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ8793.pdf>

⁴⁷⁰ Al respecto, véase lo explicitado MARTÍNEZ OSORIO, M.A. “La extinción de dominio es constitucional (Análisis de algunos puntos relevantes de la Sentencia 146-2014/107-2017)”, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 109, 2018, p. 26 “(...) En el proceso penal, el acusado no está obligado a presentar alguna prueba que demuestre su inocencia, correspondiendo al ministerio público probar, más allá de la duda razonable, su culpabilidad. En cambio, en el proceso de extinción de dominio, **al no discutirse tales aspectos, sino la validez de los actos que han dado lugar a la propiedad o su mal uso para afectar a los derechos de los demás ciudadanos,** los intervinientes tienen iguales posibilidad de presentar prueba y controvertir la presentada por la contraparte, viéndose desmejorada su expectativa de una sentencia favorable si no acreditan probatoriamente lo que alegan. En suma, nos encontramos ante un estándar de prueba menos exigente que el que resulta aplicable en el proceso penal (...)” (Negrillas y subrayado nuestro)

⁴⁷¹ Véase LORROCAU TORRES, J. “Hacia un estándar de prueba civil. Towards a civil standard of proof”, *Revista chilena de Derecho*, Vol. 39, n° 3, 2012, en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000300008 [edición digital. Consulta: 12 de agosto de 2020]. Explica este autor: “(...) Si existe una línea de investigación favorable para conocer el caso, todas las pruebas que se enmarca dentro, serán preferentes y tienen prioridad por sobre las evidencias que con-

Este balance es un estándar de prueba que está diseñado exclusivamente para procedimientos civiles, donde, al trabajar los indicios como prueba preponderante, se requiere demostrar que el hecho es más probable que improbable, que en nuestro procedimiento de extinción de dominio, implica que el **bien es más probable que sea de origen ilícito de que no lo sea**. Esto determina que la ilicitud sea demostrada contra toda duda razonable, o bien, evita desembocar en las denominadas pruebas diabólicas (*probatio diabólica*), donde siempre están inmiscuidos inmuebles.

Como hemos podido revisar, en este repaso sobre el *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* a nivel global y continental –de cara a las precisiones de la LERAPC– a pesar de las discusiones necesarias y los debates a nivel académico que deben efectuarse en Venezuela, su revisión no ha tenido el suficiente empuje en relación con la importancia estratégica de la materia. Sabemos que existen graves problemas políticos presentes en el país. La Asamblea Nacional desde 2016 se ha visto cercada judicialmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, inclusive, declarándola en una insólita y alelada tesis abstracta de “desacato judicial”⁴⁷² por presuntos incumplimientos de las decisiones dictadas por esta última en ejercicio abusivo de sus facultades constitucionales.

Sin embargo, no podemos detenernos en este capítulo de la historia republicana, pues, hay que salir adelante. Por ello, es necesario proponer un debate abierto sobre la figura del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*, de cara al éxito concordado internacionalmente si realmente queremos que Venezuela pueda algún día recuperar sus recursos, los cuales, fueron ilegalmente saqueados.

ducen a otras indagaciones que suponen riesgos inaceptables (por ejemplo, si un litigante frustra una investigación útil cabe una inferencia probatoria contra sus intereses). Mientras el demandado mantiene el derecho de negarse a testificar contra sí mismo en casos penales y civiles, las consecuencias de invocar ese derecho difieren, dependiendo de la naturaleza del proceso y **la presencia del balance de probabilidades, el tribunal puede hacer una inferencia adversa de su silencio el cual se tomará en cuenta al momento de la sentencia** (...)” (Negrillas y subrayado nuestro).

⁴⁷² Véase TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA/SALA CONSTITUCIONAL. Sentencia n° 808 de fecha 02 de septiembre de 2016 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro, así como las Conexas y Auxiliares*).

2. *Comparativo entre el Código de Extinción de Dominio colombiano y el proyecto de Lerapc*

Como ejercicio pedagógico, queremos resaltar la estructura fundamental que debe contener un texto normativo completo sobre la *extinción de dominio*, de cara a la optimización futura del proyecto de LERAPC. Para ello compararemos lo previsto en la Ley 1708-2014 y la LERAPC, en trece (XIII) bloques temáticos, a saber:

I.	
INDEPENDENCIA DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	
Colombia Art. 18	Venezuela Arts. 56 y 72
II.	
REGLAS DE PREJUDICIALIDAD (ELIMINACIÓN)	
Colombia Art. 18, primer aparte	Venezuela Art. 56, primer aparte Art. 72, primer aparte
III.	
LA ELIMINACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS Y MINIMIZACIÓN DE INCIDENTES PROCESALES	
Colombia Art. 130	Venezuela Art. 72
IV.	
ABREVIACIÓN DE LAPSOS PROCESALES	
Colombia Arts. 20, 42, 133, 134 y 135	Venezuela Arts. 47, 54, 74, 75, 76, 79, 85 y 97
V.	
PRELACIÓN DE LA ACCIÓN DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN DESPACHOS JUDICIALES	
Colombia Art. 25	Venezuela inexistente

VI. ESTÍMULOS PARA QUIEN COLABORE CON LA JUSTICIA	
Colombia Arts. 120 y 133 párrafo único	Venezuela Arts. 12, ordinal 13, 26, ordinal 6, 101, 102, 104 y 105
VII. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO	
Colombia Arts. 116, 117, 122, 123, 126, 130 y 132	Venezuela Arts. 66, 69, 70, 72, 73, 74, 76, 79, 81 y 85
VIII. MEDIDAS CAUTELARES	
Colombia Arts. 13.1, 26 párrafo 1, 20.2, 62, 87, 88, 89, 92, 96, 99, 103, 110, 111, 112, 113, 126, párrafo segundo, 132.2	Venezuela Art. 12, numerales 6, 7, 18 y 19. Art. 15, 62, 71, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95
IX. EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO	
Colombia Arts. 133, 134 y 135	Venezuela Arts. 75, 85 y 97
X. MEDIOS PROBATORIOS Y DE LA INVESTIGACIÓN	
Colombia Arts. 13.4°, 13.5°, 13.7°, 26.2, 29.1°, 116.1 a, 118.2, 122, 126.3, 141.1, 141.2, 141.3, 142, 143, 148 al 202, 207 y 208	Venezuela Arts. 12.1, 12.3, 15, 66, 76, 77, 78, 110, 116
XI. REGLAS PROBATORIAS - CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA - BALANCE DE PROBABILIDADES	
Colombia Arts. 148 al 157	Venezuela Arts. 76, 77 y 78

XII.	
EL CONTROL DE LEGALIDAD SOBRE LAS APELACIONES (RECURSO JUDICIAL AD-HOC)	
Colombia Arts. 37, 61, 65, 66, 67, 71, 72, 142 y 147	Venezuela Arts. 70, 81, 82, 83, 84 y 92
XIII.	
RÉGIMEN DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL	
Colombia Arts. 203 al 214	Venezuela Arts. 106 al 126

Como hemos podido apreciar, sin entrar a juzgar sobre la pertinencia o no de la regulación venezolana en el proyecto de LERAPC, queremos dejar una guía referencial para la comparación del articulado entre la Ley 1708 de 2014 colombiana, ésta última, producto de más de 30 años de reformas y evolución jurisprudencial; y, la LERAPC.

**EL FUTURO DEL COMISO AUTÓNOMO Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
REFLEXIONES FINALES PARA SU ESTUDIO GLOBAL Y VENEZOLANO.**

Hemos querido a lo largo de la presente obra, analizar de forma sumaria la novísima institución del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*, la cual, como revisamos, fue introducida por los Tratados y Convenios Internacionales contra la delincuencia económica, así como en la tradición legislativa colombiana desde 1936, pasando por su constitucionalización en 1991 y el acabado Código de 2014. También, cotejamos otros proyectos transnacionales como la LEY MODELO SOBRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO de 2011, creado por UNODC.

No dudamos que es una institución que adquirirá relevancia –y polémica– en la medida que las cifras y bienes relacionados con la actividad criminal organizada, sea cual sea su variante, adquieran proporciones capaces de destruir las economías, las bases sociales mismas de naciones en vías de desarrollo, así como la posibilidad plausible de transformar un país en Estado fallido.

Esto se agrava en la medida que la “sociedad incivil” como tantas veces acotamos, se tecnifica, e inclusive, concurre la asistencia trasnacional donde ninguna frontera es límite ante las ambiciones desmesuradas, como ocurrió en Latinoamérica con el caso *Odebrecht*, o en Europa con las prácticas de la alemana *Siemens*. Ni se diga sobre el perjuicio visible e invisible que genera el narcotráfico en todo el continente americano u otras prácticas de delincuencia organizada.

Es por ello que, tras revisar en las páginas que preceden los pormenores del comiso autónomo en sus diferentes manifestaciones –incluyendo la *extinción de dominio*–, fortalezas y también debilidades; nos conducen a formular una serie de perspectivas para su futuro, con el fin de contribuir para la construcción de una legislación eficaz y eficiente sobre esta temática, amén de la permanente discusión académica y forense.

La delincuencia económica no sólo penetra sistemas económicos, sino que en algunas latitudes, como es el caso venezolano y la corrupción, han sido capaces de poner en jaque todo el sistema sanitario nacional hasta el punto que buena parte de venezolanos naturalizados, de origen español, han sido víctimas de la falta de atención hospitalaria, en muchos casos, conduciendo a una inevitable muerte.

El **primer desafío** que nos convoca estas reflexiones es la relectura y reinterpretación de los instrumentos internacionales referenciales –y que a su vez fundamentan– a la figura del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*, como son, en primer término, la UNCAC 2003 que lo contempla expresamente y la LEY MODELO SOBRE EXTINCIÓN DE DOMINIO de 2011. También, tomando como base un proceso interpretativo progresivo, tanto la CNUCTISS 1989 como la CNUCDOT 2000, pudieran fundamentar e inspirar para una nueva forma de *comiso* autónomo en materia de drogas y delincuencia organizada transnacional.

En efecto, las Convenciones suscritas por los países donde abarcó metodológicamente nuestro estudio, debe ser no una suerte de fuente sagrada principal por antonomasia, sino, unos parámetros mínimos y límites para la política criminal asumida por los Estados. La delincuencia económica, como bien se estudió, no es un problema sociológico sino de corte organizativo racional, lo que obliga al replanteamiento permanente de la política criminal sobre esta materia. Poco o nada se cumple si en nuestras legislaciones asumimos el comiso autónomo sólo a título nominal para cumplir las formalidades que nos asisten como Estados suscribientes de convenios como el de *Viena sobre drogas*, el de *Palermo sobre crimen organizado* y el de *Mérida sobre corrupción*.

El **segundo reto** estriba en lectura permanente a los convenios por la política criminal unilateral de cada Estado co-suscribiente, también influirá en los organismos supranacionales encargados de diseñar, ejecutar y controlar los programas internacionales contra la corrupción. Dichos organismos deben confiarse exclusivamente en el Sistema de Naciones Unidas y no unilateralmente a los Estados. Pudiera emplearse una nueva modalidad de convenios internacionales entre Estados considerados “fa-

lidos”, precisamente para tecnificar aún más la delincuencia organizada, y de esta manera, transformarse en una suerte de bloque paradisiaco-penal.

Este *feedback* será cada vez más imprescindible, en la medida que entendamos las arraigadas patologías que nos identifican como una sociedad del riesgo global. Peligros que si no los detenemos a tiempo, o por lo menos minimizamos, serían atentatorios contra las propias bases de nuestras sociedades y de las instituciones que conforman al Estado.

No en vano se identifica a la corrupción como una lacra del mismo nivel que el tráfico de estupefacientes, el genocidio y el terrorismo. Todas son formas de esa “sociedad incivil” que busca destruir los delicados y tardíos mecanismos que han soportado nuestra civilización moderna. Basta recordar lo que significó 2019 para Venezuela, cuando más allá de una crisis eléctrica, vivimos el colapso total del servicio producto de la desinversión ocasionada por la gran corrupción. Este 2020, con plena pandemia de Covid-19, potencia las desgracias de una sociedad desamparada por un Estado voraz que prefiere premiar la “lealtad revolucionaria” antes que la dignidad e igualdad de los ciudadanos.

El **tercer desafío** destaca la creciente influencia teórica del Derecho penal a dos velocidades. En cierta medida, su epistemología ofrece sustento doctrinal para las necesarias transformaciones y encauzamiento de la expansión del *iuspenalismo* en los últimos años, que además, implica por administrativizar el Derecho penal en la medida que éste sea quizá el último instrumento de cohesión social. Al fallar todas las antiguas argamasas valóricas de la sociedad, como la ética pública y las tradiciones políticas institucionales, sólo queda la amenaza de punibilidad que impide la materialización ciudadana de conductas antijurídicas. Así, al entender que el Derecho penal se transforma en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales (como el administrativo), éste asume una transformación en sus bases y principios más sensibles.

Por ello, es necesario distinguir cuál Derecho penal será el que –provisoriamente– asuma esa gestión social de una sociedad globalizada y amenazada. Es lógico que el Derecho penal de primera velocidad, relativo al que sólo sanciona con la pena de privación de libertad, no sea el que deba expandirse, y por tanto, quedan salvaguardadas sus garantías y reglas de imputación.

Será el de segunda velocidad, que entiende que la punición no sólo es con cárcel, sino con otras sanciones que sean efectivas formas para en-

frentar a la delincuencia en globalización, que es *fundamentalmente delincuencia económica*; aquella que fortalecerá figuras como el comiso autónomo más allá de su dinámica y naturaleza jurídica. El *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* debe considerarse en sí un producto de este nuevo Derecho penal donde se relajan los principios del Derecho penal liberal que todos asumimos en nuestras Constituciones y en el imaginario colectivo social.

Cuarto desafío, si estas transformaciones en globalización obligan a tramsutar instituciones clásicas en otras, que terminarían ocupando otras ramas del Derecho para hacerlas más fuertes, como el *comiso*, entonces, tiene mucho sentido la emancipación de este último –en terminología de SANTANDER ABRIL– de la esfera penal hacia nuevas figuras con fundamento en viejas instituciones. Hacemos referencia al nuevo enfoque sobre la naturaleza civil del *comiso* autónomo, que como bien se emplea en América Latina, es una *extinción de dominio*. Ello nos obliga a salir de la territorialidad penal para enmarcarnos dentro del derecho de daños, materia propia del nuevo DERECHO PATRIMONIAL DE LAS OBLIGACIONES cuyos contenidos se han consolidado por más de tres siglos.

Si buscamos un *comiso* autónomo o como le denominan en España “sin condena”, tenemos que enfocarlo hacia fundamentos que lo calibren con todos los aspectos propios del combate contra la delincuencia económica. Batalla que no sólo debe librarse en el ámbito penal, sino en todas las esferas posibles, y que la institución de la extinción de dominio precisa, integrando desde el Derecho constitucional hasta las peculiaridades propias del Derecho de las obligaciones.

Como **quinto reto** no cabe dudas que este marco del Derecho Penal Económico Internacional ha transformado al *comiso*, posibilitando un desdoblamiento de su naturaleza jurídica. Nos explicamos. Si abordamos al *comiso* directo o tradicional, lo más plausible sea enmarcarlo dentro de la tesis de la accesoriedad como lo contempló el Código Penal Español luego de 1995. Allí no hay duda alguna. Ahora bien, cuando buscamos responder a la pregunta ¿qué es el *comiso* autónomo?, las respuestas son más polémicas. No queda dudas que esta última categoría participa activamente más de la esfera civil (rectius: patrimonial) que de la penal.

Sobre esta última afirmación, debemos ser cuidadosos con lo planteado en la doctrina al calificarlo como “puramente civil”, pues, el *comiso* no sólo debe entenderse como “acción”, en el sentido procesal del término, sino como “institución civil conexas con hecho de connotación penal que dispara el comiso sin condena a través de la imputación”. En ello debemos

ser cuidadosos. El *comiso* posee una faceta sustantiva como adjetiva, y esta diferenciación es básica al momento de clarificar no sólo el régimen procesal aplicable, sino también, cualquier disposición supletoria que lo haga más efectivo. Sobre este punto, quizá en Latinoamérica no sea tan polémica con la figura de la *extinción de dominio*, que en esencia, a pesar de su carácter constitucional en Colombia, en el resto de las legislaciones que han acogido, enfoca su esencia a un problema de la esfera patrimonial más que personal.

Como acción civil, es una acción *in rem*, es decir, se persigue procesalmente son los bienes independientemente si existe una condenatoria penal al sospechoso de corrupción. Más sin embargo, toda acción es a la vez un derecho y un cauce para hacer cumplir judicialmente una pretensión procesal, y por ello, debemos ir más allá de la mera calificación del *comiso* autónomo o *extinción de dominio* como una *actio in rem*. Hay que también encuadrarlo ontológicamente, pero sin separarnos del origen penal, más precisamente del penal internacional, que ha causado la creación de esta categoría novedosa de *comiso*.

De esta manera, debemos siempre hacer hincapié en que no sólo cuando se le califica de “civil” al *comiso* autónomo responda exclusivamente a una nomenclatura procesal como una *actio in rem*. También, debe ser civil, porque su esencia proviene del Derecho civil patrimonial en razón de la política criminal, más específico, del derecho de daños en la señera forma para hacer cumplir la responsabilidad civil, conocida como enriquecimiento injusto o sin causa como pretensión de dicha *actio in rem*.

El **sexto desafío** del futuro sobre el *comiso* autónomo y la *extinción de dominio*, opera en un doble carácter civil, sustantivo y adjetivo, el *comiso* autónomo encuentra una de sus principales debilidades en el tema probatorio en razón que no existe una “plena prueba” de que el origen de los bienes objeto del *comiso* sean producto de un “Acuerdo corrupto”, pues, como hemos reafirmado en las argumentaciones plasmadas en este ensayo, este *comiso* no requiere condenatoria penal previa que determine la responsabilidad penal. Aunque parezca paradójico, sería esta temática probatoria la que comenzaría a construir los cimientos para el *comiso* autónomo, tal como lo contemplaron originalmente la CNUCTISS 1988 y la CNUCDOT 2000.

Como se reparó, no puede aplicar el juez la rigurosidad probatoria, sino, que debe manejarse fundamentalmente por la prueba indiciaria para así fundamentar su decisión en presunciones de ley. La justicia del *comiso* autónomo tiene un paralelismo con la justicia cautelar o precautelativa,

donde al sentenciador no le es otorgada discrecionalidad judicial alguna, sino, que su deber es precisar los indicios para sustentar las presunciones que determinarán el origen ilícito de los bienes decomisados sin condena penal. En pocas palabras, en el comiso autónomo el juez no tiene la absoluta libertad para ponderar situaciones, sino que, o decreta el comiso o no lo decreta en razón de verificar o no la prueba indiciaria.

Este particular nos lleva a afirmar sobre la peligrosa redacción del último aparte del artículo 127 SEXIES del Código Penal español, donde abre una hendija para que el juez pueda, discrecionalmente, considerar el quantum de los bienes objeto del decomiso autónomo. El término de la norma que indica “*El juez o tribunal podrá*”, nos enmarca en un aspecto telúrico y que puede perfectamente trasladar la ecuación de KLITGAARD hacia el ámbito judicial, pues, no queda muy claro qué ocurriría con los casos de corrupción de venezolanos en España con enriquecimiento ilícito proveniente de Venezuela.

De permitir este tipo de trasmutaciones, estaríamos tecnificando entonces una nueva manera de hacerle fraude al propio comiso autónomo para algunos delitos que no atenten contra la convivencia armoniosa de la sociedad española como son los patrimonios de las prácticas corruptas o ilícitas en otras latitudes, potenciando la discrecionalidad judicial que no queda exenta de las tentaciones de grupos de poder con capacidad para influir de manera decisiva en todo el sistema judicial.

El **séptimo reto** para el futuro, si queremos un *comiso* autónomo o *extinción de dominio* fortalecida en todas sus dimensiones, no podemos dejar a un lado los cuatro (04) problemas colaterales que conlleva su materialización y que deberá debatirse en esta década. Estas son: 1) *La confrontación directa con las garantías constitucionales derivadas del Derecho penal*, más específicamente, del Derecho penal clásico. 2) *Las garantías sobre la presunción de inocencia y sus tensiones con la búsqueda del origen de la titularidad de los bienes* objeto del comiso autónomo. 3) *El régimen probatorio basado en indicios, carga dinámica de la prueba y balance de probabilidades son los requisitos concurrentes para el abordaje de la actividad probatoria en la extinción de dominio*. Y, 4) *La necesaria superación de una cultura constitucional basada en concepciones clásicas*.

Sería irresponsable para cualquier legislador pasar por alto estas advertencias o polémicas colaterales, que en definitiva, serán quienes faciliten moldear un *comiso* autónomo o *extinción de dominio* capaz de responder a los requerimientos mínimos internacionales pero a su vez con

efectividad nacional. Debería generar suspicacias para cualquier sistema jurídico-penal o política criminal contra la delincuencia económica que silencie o minimice estas cuatro situaciones y realidades, puesto que, el genuino éxito de un *comiso* autónomo integrado al comiso tradicional o penal, así como, a las clásicas acciones civiles de responsabilidad de esta naturaleza; devendrán de las formas para solventar estos escollos.

Como **octavo reto** prospectivo, debemos advertir la existencia de una marcada indisciplina lingüística en el idioma español, tanto en la conceptualización como las diferentes manifestaciones del comiso. Se habla de “comiso” y “decomiso” como si fueran términos sinónimos, siguiendo la senda de su acepción común prevista en la gramática de la lengua española. Lo correcto, ante la evolución del mismo es que utilicemos la voz “comiso” cuando hagamos alusión a su versión tradicional (directo) donde se incluiría el denominado “ampliado” y el de “terceros”.

Mientras tanto, el término “decomiso”, denotaría todas las posibles versiones del *comiso* autónomo, comiso sin condena o no penal, asociado a la expresión “*extinción de dominio*” a la cual le dedicamos íntegramente todo el capítulo cuarto del presente ensayo. Esta escrupulosidad deviene de la debida protección a la soberanía del legislador en colocarle un nombre a un instituto, esto como consecuencia de sus tradiciones históricas. Por ello, no en vano la versión en español de la Directiva 2014/42/UE (Art. 2.4) como la UNCAC 2003 (Art. 2, g), la CNUCDOT 2000 (Art. 2, g) y la CNUCTISS 1988 (Art. 1, f) asumen la expresión “decomiso” quizá con miras a unificar términos en nuestra lengua. Lo importante es no dejar que su empleo usual, expresado en el DLE, sea quien guíe el nominativo en futuro de la institución.

Como **noveno reto** al futuro, la precisión lingüística indicada en los párrafos anteriores debe obligatoriamente, alejarnos de la tradición latinoamericana de confundirlo con la *confiscación*, ésta última, una sanción evidente total que en la medida que el constitucionalismo se profundiza como convicción occidental, quedan cada vez menos reducto para su inclusión. La *confiscación* nació como una forma arbitraria de privar bienes por parte del Estado, que es odiosa y en buena medida no sujeta a ningún procedimiento sino al cuidado que tengan las administraciones públicas una vez deciden echarle guante.

Por ello, en nuestras Constituciones es un error ubicarlas como una forma para combatir la corrupción y la legitimación de capitales, ya que, si bien todas son expresiones miserables de la organización criminal, vivimos un siglo que debe estar cada vez más alejado de toda noción de venganza pública.

En Venezuela debemos sortear esta dificultad, pues, el constituyente de 1999 fue poco cuidadoso al abordar el mecanismo, hasta el punto que, en los debates hubo advertencias que fueron desoídas, y que lamentablemente, en la actualidad, cuando nuestro país lleva instalada una constituyente desde 2017 (3 años), todo apunta en mantener este error inserto en la vigente Constitución bolivariana de 1999. Hasta la fecha en que concluimos estas líneas, no existe versión pública alguna de la reforma a la Constitución venezolana ni siquiera sobre las grandes trazas del proyecto, pues, afirmamos que el mismo es inexistente. Al contrario, el propio Presidente de la ANC de 2017, advirtió que la misma será disuelta en diciembre de 2020.

Como **décimo desafío** al futuro, queremos hacer mención expresa en aquellos países cuyo texto constitucional –como el caso venezolano– coliden abiertamente con el *comiso* autónomo y lo confunden con la *confiscación*. En estas hipótesis no sólo puede hacerse valer el carácter de vinculante el haber suscrito la UNCAC, la CNUCTISS y la CNUCDOT, sino también el carácter supraconstitucional de todas. Debemos recordar que es tendencia globalizadora el incluir cláusulas constitucionales donde otorguen un carácter de preeminencia sobre el Derecho interno, todos los tratados o convenios relativos a los derechos fundamentales.

No sólo implica que se recepciona en los Estados esa particular forma de derecho. También se aplica la garantía constitucional prevista cuyo primer frente es la legislación. La legislación es en sí quien determina las garantías de los derechos fundamentales, entendiendo por las mismas, su forma de materialización, vías para hacerlo y requisitos de tiempo, modo y lugar.

Para el caso venezolano, tras revisar integralmente el instituto del *comiso* autónomo, debemos precisar algunos aspectos que no han quedado muy claros en nuestro país. Hacemos referencia al proyecto de LEY DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS PRODUCTO DE LA CORRUPCIÓN (LERAPC), que como la estudiamos, posee elementos que no se corresponden con una coherente política criminal para luchar contra la corrupción. Lo primero que debe formularse es el cambio mismo del nombre de la ley, calificándola como **LEY SOBRE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y ACCIONES PATRIMONIALES CONTRA LA CORRUPCIÓN**.

Como **undécimo desafío**, para una exitosa experiencia de lo anteriormente señalado, en el caso de implementarse un proceso de extinción de dominio, debe tomarse muy en cuenta lo precisado en los artículos 16.3 y 18.2 del **Estatuto para la transición** –aprobado en enero de 2019– el es-

tablecimiento de una *Comisión Internacional contra la Impunidad en materia de corrupción*. Ante las dificultades internas, sería positivo que se diseñara y ejecutara en Venezuela la misma experiencia de las jurisdicciones especiales en Centroamérica, que fueron monitoreadas permanentemente por los organismos especializados del Sistema de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y corrupción. Sólo así pudiéramos precisar una jurisdicción de *extinción de dominio* eficiente, transparente e inmune a cualquier tentación crematística que pudiera darse la por la naturaleza de los fines que persigue.

Dentro de esta jurisdicción, será necesario la creación de una Fiscalía especial para la *extinción de dominio*, de carácter autónoma, con facultades amplias y enmarcadas dentro del programa de vigilancia supranacional anteriormente explicado. Sabemos que la etapa más compleja y difícil de toda *extinción de dominio*, es la relativa a la investigación y obtención de evidencias, y es por ello de seguir el camino que exitosamente ha formulado la legislación colombiana, peruana, e inclusive la norteamericana, en donde, la Fiscalía posee la exclusiva cualidad por su competencia y la naturaleza de la investigación. La recuperación de activos es la consecuencia de la aplicación tanto del *comiso* directo, como del autónomo o *extinción de dominio*. Segundo, estas dos vías no pueden ser reguladas erróneamente bajo un esquema de subsidiaridad sino de alternabilidad y complementariedad. Dependerá de las diligencias y estrategias del Ministerio Público especializado su interposición, sea por el abundante o nulo cúmulo probatorio o indiciario.

Finalmente, nuestra reflexión va encaminada hacia la exploración y profundización sobre los estudios que debe dispensársele al *comiso* y a la *extinción de dominio*. Conminamos a toda la comunidad, académica o no, relativa a la lucha contra la delincuencia económica, para el estudio más pormenorizado del *comiso* como sanción alternativa y sus manifestaciones, como la *extinción de dominio*, que quisimos plasmar en este ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES. *Leyes y Decretos de Venezuela*, Caracas, 1922, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

AGUADO CORREA, Teresa. “Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, 2014, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra (ISSN: 1698-739X).

_____. “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada (Garantizar que el delito no resulte provechoso)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n° 15-05, 2013, Granada, Universidad de Granada (ISSN: 1695-0194).

_____. *El comiso*, Madrid, 2000, Edersa (ISBN: 84-7130-986-6).

AGUILÓ REGLA, Josep. “Las presunciones hominis y las inferencias probatorias”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, n° 79, 2017.

_____. *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Barcelona, 2000, Ariel Editores (ISBN: 84-344-1643-3).

ALCARAZ, Enrique, HUGHES, Brian y GÓMEZ, Adelina. *El español jurídico*, Barcelona, 2014, Ariel (ISBN: 978-84-344-1872-1).

ARAUJO, Ana Elvira y SALOMÓN DE PADRÓN, Magdalena. “Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso”. En *AAVV. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. El Régimen Jurídico de las Nacionalizaciones en Venezuela, Homenaje del Instituto de Derecho Público al Prof. Antonio Moles Caubet*. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981 (1972-1979).

ARCAYA, Pedro Manuel. *La pena de la confiscación general de bienes en Venezuela, estudio de historia y derecho*, Imp. Unidos. Caracas, 1945.

ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Aspectos penales de la sentencia 1942, en: AAVV. Sentencia 1942 vs. Libertad de expresión: comentarios a la decisión de la Sala Constitucional referida a las leyes de desacato*, Caracas, 2003, Comisión Andina de Juristas (ISBN: 980-6689-00-3).

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. *Actas y debates de la Asamblea Nacional Constituyente*, ediciones ANC. Caracas 2000.

AYALA CORAO, Carlos. “Las inconstitucionalidades del régimen jurídico de las zonas de seguridad decretadas en Caracas”, en: *AAVV. El Derecho Público a Comienzos del siglo XXI: Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías*, Thompson-Civitas. Madrid 2003.

_____. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias”, en: *AAVV. Bases y principios del sistema constitucional venezolano*, Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal (Venezuela) 2001.

BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch Editorial, Madrid, 1998 (ISBN: 84-7676-473-1).

BARONI UZCÁTEGUI, Ricardo. “Consideraciones acerca del procedimiento administrativo aplicable para la imposición de la pena de comiso de mercancías”, en: PARRA ARANGUREN, Fernando (Dir.). *Ensayos de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004 (ISBN: 980-6487-56-7).

BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE, INTERNATIONAL CENTRE FOR ASSET RECOVERY. *Rastreo de activos ilegales. Una guía para operadores*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999 (ISBN: 1578-8946).

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002 (ISBN: 84-323-1083-2).

_____. *¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998 (ISBN: 84-493-0528-4).

BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. “Análisis de las principales iniciativas supranacionales en la lucha contra la corrupción”, *Iustitia*, N° 6, Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, 2008 (ISSN: 1692-9403).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Política criminal contra la corrupción: la reforma del decomiso”, *Revista Penal*, n° 40, Ediciones Tirant Lo Blanch, Madrid 2017 (ISSN: 1138-9168).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. A. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones sobre los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2017 (ISBN: 978-84-9169-554-7)

BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Bogotá, 2009, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia (ISBN: 978-958-710-429-5).

BIALOSTOSKY, Sara. “La lucha del Derecho romano contra la corrupción de los funcionarios públicos. Crimen Repetundarum”, en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 58, n° 250, 2008, México D.F., Universidad Autónoma de México (ISSN 0185-1810).

BIDART CAMPOS, Germán. *Los derechos no enumerados en la Constitución*, en: AAVV. *Estudios de Derecho Público: Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón*, Caracas, 2001, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia (ISBN: 980-6487-10-9).

BLANCO CORDERO, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 19, 2017, Granada, Universidad de Granada (ISSN: 1695-0194).

_____. “El decomiso sin condena en la Unión Europea. Análisis de la propuesta de directiva sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia”. En: *Crisis financiera y derecho penal económico*, Edisofer Buenos Aires, Madrid, 2014 (ISBN: 9788415276272)

_____. “Armonización - aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en *Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Arangüena Fanego, Coral (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010 (ISBN: 978-84-9898-212-1).

_____. “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración*, Puente Aba, Luz María (Directora); Rodríguez Moro, Luis; Zapico Barbeito, Mónica (coordinadores), (Editorial Comares), Granada, 2008 (ISBN: 978-84-9836-421-7).

BOEHM, Frédéric y GRAF LAMBSDORFF, Johann. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, (ISSN: 0124-5996).

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *El procedimiento administrativo global para la protección de las personas ante la Interpol, frente a los estados*. San José de Costa Rica, 2015, IJSA (ISBN: 978-9977-13-609-7)

_____. *Las Constituciones de Venezuela*, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo I, Caracas, 2008 (ISBN: 978-980-6396-50-0).

_____. *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999.

_____. “El desarrollo institucional del Estado centralizado en Venezuela (1899-1935) y sus proyecciones contemporáneas”, *Paramillo*, n° 7, San Cristóbal (Venezuela), 1988.

_____. *Urbanismo y propiedad privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, JINESTA LOBO, Ernesto, HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana Caracas, 2015 (ISBN: 978-980-365-320-0).

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph y SOTO, Carlos. *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017 (ISBN: 978-980-365-403-0).

BRÜNNER, José Joaquín. *Globalización y postmodernidad*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1998 (ISBN: 9567083932).

CANDELA ROVIRA, Santiago Manuel. *El comiso de bienes y ganancias del delito en la legislación penal*, Elche, 2015, Universitas Miguel Hernández, tesis consultada en original.

CAPITANT, Henry. *De la causa de las obligaciones*, Analecta, Madrid, 2005.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal. Parte general*, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 1957.

CARRILLO DEL TESO, Ana - MYERS GALLARDO, Alfonso. *Corrupción y delincuencia económica: prevención, represión y recuperación de activos*. Rato Legis, Salamanca, 2015 (ISBN: 978-84-16324-05-7).

CASTELLS, Manuel. *La era de la Información*, Editorial Alianza Madrid, 2000 (ISBN: 978-84-206-4740-1).

CHIOSSONE, Tulio. *Sanciones Penales y Administrativas en la Legislación Venezolana*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1984.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, *Estudios de Derecho judicial*, nº 28, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000 (ISSN: 1137-3520).

CONILL, Jesús. “Globalización y ética”, *Razón y fe*, Tomo 243, Universidad de Comillas, Madrid, 2001 (ISSN: 0034-0235).

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca. *Globalización y Derecho Penal Económico*, Guía de clases Master DPEI-IAEU, Madrid, 2019.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 20 de diciembre de 1988.

Convenio de Nueva York, de las Naciones Unidas para la represión de la Financiación del Terrorismo, de fecha 9 de diciembre de 1999.

Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de fecha 15 de noviembre de 2000.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de fecha 31 de octubre de 2003.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León. “Teoría general de los cometidos del Poder Público”, *Revista de Administración Pública*, nº 111, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1986 (ISSN: 0034-7639).

DA SILVA MOREIRA, Pedro. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2019.

DELGADO LÓPEZ, Luis María. “El comiso en los delitos relativos al tráfico de drogas”, *Manuales de formación continuada*, nº 37, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006 (ISSN: 1575-8735).

DELGADO TOVAR, Walter y GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La acción de pérdida de dominio y otras pretensiones en el proceso penal*, Juristas Editores. Lima, 2006.

Diario Oficial de la Unión Europea, nº L. 127 de fecha 29 de abril de 2014.

DÍAZ CABIALE, José Antonio. “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 18-10, Universidad de Granada, Granada 2016 (ISSN: 1695-0194).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina del enriquecimiento sin causa*, Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana/Depalma/Grupo editorial Ibáñez, Bogotá, 2011 (ISBN: 9789587490596).

DURÁN SILVA, Carmen. “Las presunciones legales iuris tantum en la figura del decomiso”, *Revista General de Derecho Procesal*, Nº 48, IUS-TELMadrid 2019 (ISSN: 1696-9642).

ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*, Editorial Lumen, Barcelona, 2000 (ISBN: 84-264-1214-9).

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. “Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia”. En: *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (ISBN: 9788491690030).

FATF. *Financial Action Task Force-Thirty years 1989-2019*. [<http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/fatf-30.html>].

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. “La globalización, un fenómeno a gobernar”, *Razón y fe*, Tomo 238, Universidad de Comillas, Madrid 1998 (ISSN: 0034-0235).

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013 (ISBN: 978-84-9031-600-9).

FOURASTIE, J. *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Fayard, París. 1979.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 86, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1994 (ISSN: 0048-7694).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La garantía constitucional del patrimonio de los ciudadanos: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del legislador en derecho comparado*, En: AAVV. *El Derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carías*, Instituto de Derecho Público de la UCV-Editorial Civitas, Tomo III, Madrid, 2003 (ISBN: 84-470-2094-0).

_____. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984, Editorial Civitas (ISBN: 84-7398-264-9).

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, Aranzadi (ISBN: 84-7398-259-2).

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. *Neoconstitucionalismo y ponderación*, en: *Ponderación y derecho administrativo*, Madrid, 2009, Marcial Pons (ISBN: 978-84-9768-675-4).

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier. *Indicios, presunciones e inversión de la carga de la prueba: Hacia una política de decomiso total*, en: SUÁREZ LÓPEZ, J.M., BARQUÍN SANZ, J., BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E. (Coordinadores) *Estudios jurídicos penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cuevas*, Dykinson, Madrid 2018 (ISBN: 9788491488187).

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. “Mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales en la Unión Europea y decomiso de bienes”, en: *Cuadernos Digitales de Formación. Reconocimiento y ejecución de resoluciones penales en el espacio judicial europeo*. Consejo General del Poder Judicial, Vol, 6, Madrid, 2010 (Sin ISBN).

GIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Editorial Taurus, Madrid, 2000, (ISBN: 84-306-0385-9).

_____. *Consecuencias de la modernidad*, Editorial Alianza Madrid, 1997 (ISBN: 84-206-2928-6).

GLEASON, Paul y GOTTSSELIG, Glenn. *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general*, (traducción de Adriana Russo y Carlos Viel), Fondo Monetario Internacional - Grupo Banco Mundial, Washington D.C., 2004, (ISBN: 1-58906-363-5).

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. “La recuperación de activos procedentes del delito: ¿hacia el delito de enriquecimiento ilícito?”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 121, Dykinson, Madrid 2017 (ISSN: 0210-4059).

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, JAVATO MARTÍN, Antonio, TAPIA BALLESTEROS, Patricia. *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Madrid 2012 (ISBN: 978-84-9898-350-0).

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. “La crisis sanitaria como pretexto para el debate público sobre funciones, formación y profesionalidad de la policía”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REES*, nº 6, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica 2020, (ISSN: e-2531-1565).

GONZÁLEZ CANO, Isabel. *El decomiso como instrumento de la cooperación judicial en la Unión Europea y su incorporación al proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (ISBN: 978-84-9143-398-9).

GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. “El Comiso”, *Revista de Derecho Penal*, nº 42, abril-mayo de 2004, Bogotá D.C.

GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Winggate y GRAY, Larissa. *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento/Banco Mundial, Bogotá, 2009, (ISBN: 978-958-8307-67-1).

GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018 (ISBN: 9788425917899).

GUERRERO IRAOLA, Jerónimo; GIORDANO Carlos José. “Progresividad o regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Claves para pensar Nuestra América (2015-2019)”, *Question*, Nº 50, Vol. 1, Universidad de La Plata, Buenos Aires, 2016, p. 90-97 (ISSN: 1669-6581).

HAN CHEN, Pablo Leonte. “Algunas reflexiones sobre la reforma al Código Orgánico Procesal Penal Venezolano”, *Capítulo Criminológico*, nº 29, Universidad del Zulia, Maracaibo, junio 2001, (ISSN: 0798-9598).

HASSEMER, Winfred. “Consideraciones sobre la víctima del delito”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990 (ISSN: 0210-3001).

HELD, David y MCGREW, Anthony. *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Editorial Paidós, Barcelona, 2003, (ISBN: 84-493-1415-1).

HENAO OSPINA, Marino. “El comiso: análisis de la institución”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 4, N° 15, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Bogotá 1981.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *La regulación de los bienes necesarios para la satisfacción del interés general*, en: CANÓNICO SANABRIA, Alejandro. *Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, (ISBN: 978-980-365-246-3).

IRUJO, José María. “La lavadora de fondos en España de un exviceministro chavista: un laberinto de 53 millones”, en: *Diario El País*, edición del 1° de junio de 2019 [https://elpais.com/internacional/2019/05/27/actualidad/1558970548_641126.html].

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, *El olvido de los determinantes sociopolíticos de la corrupción y el fracaso de las reformas anticorrupción*, Salamanca, 2019, material de clases.

JORGE, Guillermo. *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina. Recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*, Universidad de San Andrés-Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires, 2009.

_____. *La recuperación de activos de la corrupción*, Editores del puerto, Buenos Aires, 2008, (ISBN: 978-987-1397-19-8).

LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho administrativo*, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, (ISBN: 980-00-1824-7).

LEPERVANKE PARPACÉN, René. *Estudios sobre la Confiscación*, Caracas, 1938.

LIMA MALVIDO, María de la Luz. “Las víctimas del delito y el abuso del poder del terrorismo”, *Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, N° 20, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 2006, (ISSN: 0210-9700).

LLOREDO ALIX, Luis Manuel. “Rudolf von Jhering: nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 4, Universidad Carlos III, Madrid 2013 (ISSN-e 2253-6655).

LÓPEZ RUÍZ, Iván. “El derecho a la defensa y el procedimiento administrativo para imponer la pena de comiso (Reseña jurisprudencial)”, *Revista de Derecho Financiero*, Nº 2, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas abril-junio 2004 (ISSN: 1690-7035).

LORENZO SALGADO, José Manuel. *Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito y la extensión al blanqueo en 2015 del comiso ampliado, previsto inicialmente para la criminalidad organizada transnacional*, en: SOUTO, Miguel Abel (Coord.) y SÁNCHEZ STEWART, Nelson. (Coord.) *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, (ISBN: 9788413130927).

LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, Anthropos. Barcelona, 1996.

MANTILLA VALBUENA, Silvia Cristina. “Más allá del discurso hegemónico: narcotráfico, terrorismo y narcoterrorismo en la era del miedo y la seguridad global”, *Papel político*, Vol. 13, nº 1, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá 2008 (ISSN-e: 0122-4409).

MANZANARES, SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 2010, Editorial Comares, Tomo I: Parte General (ISBN: 8498367468).

_____. “Las penas patrimoniales en la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal”, *Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal*, Vol. 1, 37/40, Ministerio de Justicia. Madrid 1983.

MARCH POQUET, Josep M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, Nº 91, Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa, CIRIEC-España, Madrid, 2017 (ISSN: 0213-8093)

MARTÍN OVIEDO, José. *Formación y aplicación del Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

MARTÍNEZ ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Cristina. *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 (ISBN: 9788491698975).

MARTÍNEZ MEJÍA, Wendy. *Intereses difusos y colectivos en el Derecho penal Ambiental*, 2007. Consultado en Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, en: <http://www.riaej.com/content/intereses-difusos-y-colectivos-en-el-derecho-penal-ambiental>.

MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander. “La extinción de dominio es constitucional (Análisis de algunos puntos relevantes de la Sentencia 146-2014/107-2017)”, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 109, Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador - Centro de Documentación Judicial. San Salvador, 2018.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. *La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia*, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Bogotá, 2015.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre. *Droit civil*, Sirey. París, 1962.

MASSINI, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*, Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980.

MATA BARRANCO, Norberto Javier. “Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n° 124, Wolters Kluwer, 2017, Madrid (ISSN: 1697-5758).

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. (Dir.) GÓRRIZ ROYO, Elena. (Coord.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch Valencia, 2015 (ISBN: 9788490867037).

MATTAR DE ABOUHAMAD, Guitta. y CHIOSSONE, Tulio. *Sanciones Penales y Administrativas en la Legislación Venezolana*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Caracas, 1984.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “La política criminal de los Tratados internacionales”, *Ius et Praxis*, Vol. 13, N° 1, Universidad de Talca (Chile) Talca, 2007 (ISSN:0717-2877).

MAYAUDÓN, Julio Elías. “Comentarios a la reforma de la Fiscalía General de la República al Código Orgánico Procesal Penal y su adecuación a la Constitución Nacional”, *Relación Criminológica*, n° 8, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela) 2000, (ISSN: 1316-8517)

MAZEAUD, Henri y LEÓN y TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo Segundo, Vol. 1. Buenos Aires, 1962.

MAZEAUD, Henry, LEÓN y JEAN. *Lecciones de Derecho civil*, Ediciones EJE, Buenos Aires, 1960.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael. *Curso de derecho penal venezolano: parte general*, Empresa El Cojo, 12 edición. Caracas, 1988.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General el Contrato*, Ediciones EJE, Buenos Aires, 1962.

MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LA COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN (MINCI) de la República Bolivariana de Venezuela [<http://www.minci.gob.ve/isaias-rodriguez-sentencia-del-tsj-esta-ajustada-derecho/>].

MOMMSEN, Theodor. *Derecho romano*, Editorial Temis. Bogotá, D.C., 1991.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILLA, Silvia. *Derecho jurisdiccional I, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (ISBN: 9788413139210).

MORENO BRANDT, Carlos. *El procedimiento en la Ley contra la Corrupción*, en: AAVV. *Comentarios a la Ley contra la Corrupción*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2008 (ISBN: 980-212-350-1).

MORENO CATENA, Víctor Moreno. *Sobre la presunción de inocencia*. En: AAVV. *El proceso penal en la encrucijada: homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Universitat Jaume I, Barcelona, 2015, (ISBN: 978-84-16356-06-5).

MOYA MILLÁN, Édgar José. *Elementos de finanzas públicas y derecho tributario*, Mobil-Libros, Caracas, 2003 (ISBN: 980-07-6269-8)

MÜLLER CREEL, Oscar. “La extinción de dominio en la legislación mexicana. Su justificación jurídico-valorativa”, *Criterio jurídico*, Vol. 9, n° 2, Pontificia Universidad Javeriana Cali (ISSN: e-1657-3978).

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 6^{ta} edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (ISBN: 978-84-9876-921-0).

MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Editorial Praxis, Barcelona, 1993.

NAÍM, Moisés. El fin del Poder, Libros de El Nacional. Caracas, 2016 (ISBN: 978-980-388-750-6).

NÁQUIRA, Jaime. “Blanqueo de activos a través del mercado cambiario y comiso de bienes”, Santiago de Chile, 2018, material de clases.

NAVAS GARCÉS, Alberto Enrique. Ley de extinción de dominio. Referencias a sus aspectos básicos, Tirant Lo Blanch México. México, 2019.

NEIRA PENA, Ana. - PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín. “El decomiso sin condena y la constitucionalidad de las presunciones legales sobre el origen ilícito de los bienes objeto de decomiso”, en: *El proceso penal: Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016 (ISBN: 978-84-9119-628-0).

NJAIM, Humberto. “Costos y beneficios políticos de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”, en: *AAVV. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Vol. VI. Caracas, 1985.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Editorial Reus. Madrid, 1934.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Acción mundial contra la Corrupción. Los documentos de Mérida, Naciones Unidas. Viena, 2005.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, 2011.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel. (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. DURRIEU, N. (Dir.) y SACCANI, R. (Dir.) *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*, La Ley editores, Buenos Aires, 2018, (ISBN: 978-84-9033-959-6).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, 1988, Nueva York, 1999, Publicaciones de las Naciones Unidas (ISBN: 92-1-348054-7).

ORTIZ MÁRQUEZ, José Manuel. “La prescripción y el comiso”. En: AAVV. Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal, Universidad de Deusto, Cuadernos penales José María Lidón nº 10, Bilbao, 2014 (ISBN: 978-84-15759-41-6).

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en el Derecho penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia e Interior. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995 (ISBN: 84-7787-394-1).

PAREJO ALFONSO, Luciano. *La disciplina urbanística*, Iustel, Madrid, 2012 (ISBN: 978-84-9890-174-0).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo de fecha 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (Informe provisional) (2012/2117 (INI)).

PASTOR ALCOY, Fernando. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (ISBN: 84-8442-751-X).

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995 (ISBN:84-340-0814-9).

PÉREZ LUCIANI, Gonzalo. “Los derechos y garantías constitucionales y la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público”, en: AAVV. *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración. Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público*, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Vol. VI. Caracas, 1985.

PIGA RIVERO, Antonio y ALFONSO GALÁN, María Teresa. “Consideraciones éticas y médico legales sobre la pandemia Covid 19 en España”, *Actualidad del derecho sanitario*, nº 280, Instituto de Fomento Sanitario, Madrid, 2020 (ISSN: 1136-6869).

PINO ABAD, M. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*, Dykinson. Madrid, 2014 (ISBN: 978-84-9031-970-3).

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Edición castellana de Mario Díaz Cruz, Cultural, S.A. La Habana, 1935.

PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, París, 2008 (ISBN: 2-247-06887-1).

RAMÓN RIBAS, Eduar. “La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria”, *Estudios penales y criminológicos*, N° XXIV, Universidad de Santiago de Santiago Compostela 2002-2003, (ISSN: 1137-7550).

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*, Ediciones Universidad del Rosario, Bogotá, D.C., 2007, (ISBN: 978-958-8298-56-6).

RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Traité de Droit civil*, LGDJ. París, 1957.

RIVERA MORALES, Rodrigo. *Las pruebas en el derecho venezolano*, Editorial Jurídica Santana-Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, 2004.

ROBERTSON, Roland. *Globalisation or Glocalisation?*. En: ROBERTSON, Roland y WHITE, Kathleen. *Globalisation. Critical concepts in Sociology*, Routledge, Londres, 2003 (ISBN: 978-0415236874).

ROCA SASTRE, Ramón María y PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Privado. Obligaciones y Contratos*, Aranzadi/Thomson Reuters, Madrid, 2009 (ISBN: 9788499031798).

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Reflexiones sobre el Poder Público* Andavira, Santiago de Compostela, 2011 (ISBN: 978-84-8408-609-3).

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (ISBN: 84-7248-756-3).

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. “Decomisa que algo queda como estrategia dominante e influyente en los sistemas penales para poner freno a la sociedad incivil”. En: AAVV. *Derecho y proceso: Liber Amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018, (ISBN: 9788417466336).

_____. *El decomiso de activos ilícitos*, Editorial Aranzadi-Thomson-Reuters, Pamplona, 2017, (ISBN: 978-84-9177-092-3).

_____. “Corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en: AAVV. *El estado de derecho colombiano frente a la corrupción: retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Ediciones de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2011 (ISBN: 978-958-738-324-9).

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. *Análisis económico de la corrupción*, Salamanca, 2019, documentación aportada para el Bloque II, Unidad 1 del programa de master en Iberoamericano de Políticas Anticorrupción.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. “Aspectos fundamentales del nuevo Código Orgánico Procesal Penal”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 116, UCV, Caracas, 2000 (ISSN: 0798-4456).

ROIG TORRES, Margarita. “La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVI, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2016 (ISSN: 1137-7550)

ROJAS PICHLER, Pablo Andrés. “El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción”, *Revista Penal México*, N° 7, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. 2015 (ISSN: 2007-4700).

ROSE-ACKERMAN, Susan. “The law economics of bribery and extortion”, *Annual review of law and social science*, Vol. 6, 2010.

RUÍZ MIGUEL, Carlos. *Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2013 (ISBN: 9786124541148).

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José. *Criminalidad organizada y delitos económicos*, Guía de clases Master DPEI-IAEU, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ BARRICARTE, Jesús Javier. *El crecimiento de la población mundial: Implicaciones socioeconómicas, ecológicas y éticas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, (ISBN: 978-84-9876-123-8).

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. “Reflexiones constitucionales desde el confinamiento”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N° 12, 2, Instituto Iberoamericano de Derecho, Madrid, 2020 (ISSN: 2386-4567).

SANTANDER ABRIL, Gilmar. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*, Bogotá, 2018, Tesis de maestría en Derecho penal, consultada en original, Universidades Santo Tomás de Aquino y Salamanca, dirigida por el prof. NÉSTOR CAMILO SÁNCHEZ.

_____. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Washington D.C., 2017, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 5^{ta} edición (ISBN: 978-0-8270-6789-9).

_____. *La nueva estructura del proceso de extinción de dominio*, en: AAVV. *La extinción de dominio en Colombia. Nuevo Código de extinción de dominio colombiano*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Bogotá, 2015.

SARASQUETA, Antxón. *Una visión global de la globalización*, Eunsa (ISBN: 84-313-2113-X).

SEBRELI, Juan José. “Globalidad y localismos, dos mitos hoy”, *Cuadernos Hispanoamericanos*, n° 612, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 2001 (ISSN: 0011-250X).

SERVIN, Andrés. “Globalización y sociedad civil en los procesos de integración”, *Nueva Sociedad*, Universidad Central de Venezuela, n° 147, Caracas, 1997 (ISSN: 0251-3552).

SEVERO GIANNINI, Massimo y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio. *El Poder Público: estados y administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1991, (ISBN: 84-7398-902-3).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Euro Editores, Buenos Aires, 2011 (ISBN: 9788496261914).

SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. *Teoría y práctica de la guerra justa del presidente Obama*, Sevilla, 2018, Aconcagua Libros (ISBN: 978-84-946439-7-2).

SOROS, George. *Globalización*, Editorial Planeta, Barcelona, 2002 (ISBN: 84-08-04551-2).

SOUTO, Kelly. “Nervis Villalobos, dirigente chavista, investigado en España por sus propiedades, confiscadas por la Audiencia Nacional”, en: *Diario El correo digital*, edición de 3 de junio de 2019 [<https://elcierredigital.com/investigacion/379353706/villalobos-chavista-investigado-audiencia-nacional.html> El correo digital].

TABLANTE, Carlos y MORALES, M. *Impacto de la corrupción de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2018 (ISBN: 978-607-7822-43-1).

TANZI, Vito. “Corruption around the world. Causes, consequences, scope and cures”, *International Monetary Fund Staff papers*, N° 4, Vol. 45, 1998.

TERNERA BARRIOS, Francisco y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. “El concepto de derechos reales”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n° 36, Bogotá, 2006 (E-ISSN: 1909-7794).

TORO LLANOS, Víctor. “El proceso de pérdida de dominio como causal de extinción del derecho de propiedad”, *Actualidad jurídica*, Tomo 168, Lima, 2007.

TORRES DÍAZ, María Concepción. “La Justicia Constitucional desde el estudio crítico de casos: Análisis jurisprudencial”, en: AAVV. *XIV Jornadas de Redes de Investigación en Docencia Universitaria: investigación, innovación y enseñanza universitaria: enfoques pluridisciplinarios*, Universidad de Alicante, Alicante, 2016, (ISBN: 978-84-608-7976-3).

TRANSPARENCIA VENEZUELA. *La Gran corrupción y los derechos humanos en Venezuela*, Caracas, 2018.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA/SALA CONSTITUCIONAL, fuente en línea en www.tsj.gob.ve

TROCONIS, Moisés. “A propósito de la propuesta de reforma del Código Orgánico Procesal Penal”, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 2, Caracas, 2000.

TOURAINÉ, A. *La sociedad postindustrial*, Ariel, Barcelona, 1969.

UPRIMMY, Inés Margarita. “La protección internacional de los Derechos Humanos en el sistema de Naciones Unidas”, en: ERAZO, XIMENA (Coord.), *Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales*, LOM Editores, Santiago de Chile, 2007 (ISBN: 978-956-00-0020-0).

URBINA MENDOZA, Emilio. “Los procesos de conversión de terrenos urbanos en ejidos municipales y su declaratoria”, en: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015 (ISBN: 978-980-244-798-5).

USLANER, Eric. M. “Confianza y corrupción: sus repercusiones en la pobreza”. En: *Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, CEPAL, Santiago de Chile, 2003.

VARGAS, Edmundo. “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las convenciones de la OEA y ONU”, *Nueva Sociedad*, nº 194, 2004, Caracas, Universidad Central de Venezuela (ISSN: 0251-3552).

VARGAS GONZÁLEZ, Patricia. *El comiso del patrimonio criminal*, Salamanca, 2012, Tesis doctoral consultada en original, dirigida por el prof. Eduardo FABIÁN CAPARRÓS.

VÁSQUEZ, Magaly. *Nuevo derecho procesal penal venezolano: las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal*, Caracas, 1999, Universidad Católica Andrés Bello.

VATTIMO, Gianni. “La hermenéutica como Koiné”, *Revista de Occidente*, nº 80, 1988, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset (ISSN: 0034-8635).

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *La lucha contra la corrupción en la agenda internacional: algunas reflexiones sobre el ámbito y contenidos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. En: AAVV. *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, 2018, Aranzadi (ISBN: 978-84-1309-027-6).

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, *Revista de estudios europeos*, Nº Extra 1, 2017, Universidad de Valladolid (ISSN: 1132-7170).

ZAGREBELSKI, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2008, Editorial Trotta (ISBN: 978-84-9879-001-6).

ZAMORA MANZANO, José Luis. *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el derecho romano: reglamentación jurídica del portorium, control de mercancías y comiso por fraude fiscal*. Madrid, 2009, Dykinson (ISBN: 978-84-9849-390-0).

ZARAGOZA AGUADO, Javier. *El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, En: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) - Departamento contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, 5^{ta} edición, Washington D.C., 2017 (ISBN: 978-0-8270-6789-9).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizados. Modelos para armar en el derecho penal*, CEDPE: Jurista Editores. Lima, 2013.