



Universidad de Las Américas
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico –

La aplicabilidad de la extinción de dominio en el Ecuador

Daniella Lisette Camacho Herold

Quito, julio de 2024

Resumen

La institución jurídica de la extinción de dominio nace del compromiso adoptado por los Estados de combatir a la corrupción y el crimen organizado, buscando limitar y erradicar las fuentes de financiamiento de futuras conductas delictivas perpetradas por los delincuentes.

Esta figura legal goza de una naturaleza patrimonial, jurisdiccional, multidisciplinaria (al punto que puede ser considerada como un híbrido jurídico), autónoma e independiente, que está orientada a analizar la licitud de los actos que originan el derecho de propiedad de los bienes y su relación con conductas delictivas.

Por este motivo es que, la acción de extinción de dominio está dotada de las características de imprescriptibilidad, no prejudicialidad y retrospectividad, pues, la misma no puede ser entendida como una sanción ni pena, sino que constituye la facultad estatal de analizar y verificar la presunción de ilicitud de un derecho de propiedad, que dicho sea de paso no tiene esta calidad por estar viciado de nulidad *ab initio*, sin que amerite una protección y garantía por parte del Estado.

Palabras clave: Extinción de dominio, propiedad, prejudicialidad, imprescriptibilidad, retrospectividad.

Abstract

The non-conviction based forfeiture born from the commitment adopted by States to fight against corruption and organized crime, seeking to limit and eradicate the sources of financing for future criminal conduct perpetrated by criminals.

This legal figure enjoys a patrimonial, jurisdictional and multidisciplinary nature (that's why it can be considered as a legal hybrid), autonomous and independent, which is aimed to analyze the legality of the acts that give rise to the right of ownership and their relationship with criminal behavior.

For this reason, the non-conviction based forfeiture is endowed with the characteristics of imprescriptibility, non-prejudiciality and retrospectivity, since it cannot be understood as a sanction or penalty, but rather constitutes the state's power to analyze and verify the presumption of illicitness of a property right, which by the way does not have this quality because it is vitiated by nullity "ab initio", without meriting protection and guarantee by the State.

Key words: Non-conviction based forfeiture, patrimonial, imprescriptibility, non-prejudiciality, retrospectivity.

Introducción

Según el Observatorio Ecuatoriano de Crimen Organizado, la criminalidad compleja o crimen organizado ha crecido exponencialmente en el Ecuador. La extinción de dominio de los bienes de origen ilícito o injustificado ha sido una medida de carácter real con efectos prácticos para combatir este tipo de delitos al atacar a los bienes que constituyen fruto de estos.

Sobre la extinción de dominio, se han realizado varios estudios por parte de organismos internacionales, como la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fundación Panamericana para el Desarrollo (PADF). Al ser un tema de reciente data en comparación con los mecanismos tradicionales; y, de interés internacional ante los nuevos fenómenos de criminalidad transnacional, impulsada por la globalización y la facilidad del acceso a la comunicación, la extinción de dominio ha sido tomada en cuenta en el desarrollo de la doctrina y dogmática, que es abundante y de fácil acceso, lo que permite la determinación de un marco teórico suficiente.

Existe la Ley Modelo de Extinción de Dominio (UNODC, 2011) desarrollada por la UNODC en abril de 2011 que ha sido acogido por países como Colombia, Perú, Chile, entre otros. En el Ecuador, la ley de la materia se promulgó en el año 2021, misma que fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional de nuestro país e inclusive, a la presente fecha nuestra Ley Orgánica de Extinción de Dominio ya ha sido reformada por la Asamblea Nacional, la cual, si bien mejora ciertos aspectos, no alivia el problema principal.

La normativa ecuatoriana se aleja del modelo en tres aspectos trascendentales: la autonomía de la acción (al exigir prejudicialidad de una sentencia ejecutoriada en materia penal), la imprescriptibilidad y la retrospectividad.

Sin estos elementos, ¿el sistema de administración de justicia posee los mecanismos para la aplicación eficaz y funcional de la extinción de dominio de bienes con origen ilícito?

La investigación se ocupará de dar una respuesta a esta interrogante, para determinar la manera en que se ha redactado la ley ecuatoriana, contradiciendo a la naturaleza de esta figura jurídica, al establecer requisitos ajenos que no corresponden a su naturaleza ni a su finalidad y si estos dificultan su aplicación.

Índice

<u>Resumen</u>	2
<u>Abstract</u>	3
<u>Introducción</u>	4
<u>1.- Breve aproximación al derecho de propiedad y sus limitaciones</u>	7
<u>2.- La extinción de dominio</u>	11
<u>3.- Naturaleza de la extinción de dominio</u>	13
<u>3.1. Patrimonial</u>	13
<u>3.2. Jurisdiccional</u>	14
<u>3.3.- Multidisciplinaria</u>	16
<u>3.3.1. Relación con el derecho civil</u>	16
<u>a) Por los derechos que se discuten</u>	16
<u>b) Por las reglas sustantivas que regulan a la institución jurídica</u>	19
<u>3.3.2 Relación con el derecho administrativo</u>	20
<u>a) Por la pretensión</u>	21
<u>b) Por los sujetos procesales</u>	22
<u>c) Función social del derecho de propiedad</u>	23
<u>d) Expropiación</u>	25
<u>e) Diferencias entre la expropiación y la extinción de dominio</u>	26
<u>3.3.3. Relación con el derecho penal</u>	28
<u>a) Por las normas jurídicas a aplicarse</u>	29
<u>b) El comiso penal</u>	30
<u>c) Diferencias entre el comiso penal y la extinción de dominio</u>	32
<u>d) Presunción de inocencia y la valoración de la prueba</u>	32
<u>e) Valoración de la prueba y grado de conocimiento</u>	34
<u>f) Toma de postura</u>	36
<u>4. Autónomo e independiente</u>	37
<u>4.1 Independencia</u>	37
<u>4.2 Autonomía</u>	39
<u>5. Prejudicialidad</u>	40
<u>6. Prescriptibilidad</u>	47
<u>7. Retrospectividad</u>	56
<u>8. Conclusiones</u>	61
<u>Bibliografía</u>	64

1.- Breve aproximación al derecho de propiedad y sus limitaciones

Uno de los componentes más importantes dentro de un Estado democrático, respetuoso de los derechos de quienes integran la sociedad, bajo el amparo de la Constitución y la Ley, es el derecho de propiedad, el cual ha sido concebido y ha ido evolucionando a lo largo de la historia de la humanidad.

Este derecho aparece a raíz de que el ser humano deja de ser nómada y se encuentra con la necesidad de afincarse en un lugar en específico, sin embargo, en esa época, se puede hablar de manera muy superficial de la propiedad como tal, pues el ser humano apenas está dando sus primeros pasos como parte de un grupo humano o de personas.

Ya en el antiguo Imperio Romano, existe una mayor evolución, al punto en que se concebían varias clases de propiedad, sean estas individuales o de carácter familiar, pero se desarrollan los elementos que integran a la propiedad como tal, estos son el *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*. (Rodríguez Piñeres, 1973, pág. 70).

En este sentido Luis Velásquez, sostiene que el propietario pleno posee los tres atributos que han sido conocidos y desarrollados desde el derecho romano, esto es, el *ius utendi*, o la facultad de servirse de la cosa; el *ius fruendi*, o la facultad de gozar de los frutos del bien; y, el *ius abutendi*, que es la potestad legal de disponer de ella. (Velásquez Jaramillo, 2000). Por tanto, se puede afirmar que la propiedad como tal, consiste en la capacidad jurídica que tiene una persona de usar, gozar y disponer como a bien tenga, de determinada cosa u objeto.

Estos lineamientos se encuentran recogidos en nuestra legislación nacional, específicamente en el artículo 599 Código Civil (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2005), el cual dispone que, el derecho de dominio es también conocido como derecho

de propiedad, y no es otra cosa que la facultad que tiene un individuo de usar, gozar y disponer de las cosas respecto de las cuales es considerado como señor y dueño.

Criterio que, a nivel internacional ha sido recogido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 21, cuando señala que, todas las personas tienen el derecho efectivo de gozar de sus bienes, sin ningún tipo de restricción, dentro del marco legal (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969).

Sin embargo, este derecho de propiedad no es de carácter absoluto, pues tiene sus limitaciones que pueden ser de carácter civil (determinadas en la Ley, Art. 747 del Código Civil), administrativo (bienes de interés público) o contractual (dispuestas en una cláusula contractual que es fruto de acuerdo de voluntades).

Así mismo, la sentencia dictada en el caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, por la Corte IDH, prevé que acorde al desarrollo jurisprudencial de este organismo, el derecho de propiedad ostenta como atributos al uso y al goce del bien, mismos que están sujetos a limitación debido al interés social estatal. (Párrafo 55) (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, 2008).

En este sentido, se ha pronunciado el tratadista Juan Larrea Holguín, quien ha expresado:

La propiedad, en principio, es un derecho permanente, destinado a no terminar, a diferencia de algunos derechos que esencialmente son temporales. Sin embargo también la propiedad puede extinguirse o terminar, bien por la extinción del objeto sobre el que se ejerce el dominio o, desde el punto de vista subjetivo, por que el titular de la propiedad deja de serlo. (Larrea Holguin, 1995, pág. 7).

Esto abona el sentido de que el derecho de propiedad no es infinito, sino que, por el contrario, puede tener sus limitaciones e inclusive quien ostenta su titularidad puede perderla,

siendo una de estas formas de erradicación del derecho real, la extinción de dominio, la cual se estatuye, además, como una forma de adquirir el dominio en favor del Estado conforme lo previsto en el artículo 603 de nuestro Código Civil.

La propiedad juega un papel fundamental dentro del Estado constitucional de derecho y justicia, pues constituye la garantía otorgada por parte de la organización social frente a sus integrantes, del respeto a este derecho, siempre y cuando se cumplan cierto tipo de requisitos esenciales, dentro de los cuales figura evidentemente, como parte del negocio jurídico, el objeto y causa lícita, mismos que pueden ser verificables para determinar la existencia o no de este derecho real, situación que toma mayor relevancia cuando determinado bien tiene relación con el crimen organizado o es fruto del mismo.

Se debe tomar en cuenta que el derecho, así como la sociedad misma avanzan a pasos agigantados, donde los Estados y sus legislaciones, día a día deben encontrar y avanzar en formas nuevas para poder controlar y combatir aquellas conductas que pueden vulnerar bienes que se encuentran jurídicamente tutelados.

En este escenario, se ha identificado como aquellas que presentan un mayor riesgo, tanto para la seguridad pública, cómo para los miembros de la sociedad en general, las conductas o delitos que son ejecutados por grupos del crimen organizado, por la amalgama y variedad de tipos penales en los que pueden incurrir, afectando no solo al Estado mismo (que debe destinar mayores recursos para combatirlos), sino también a las personas que en muchas ocasiones se ven relacionadas de forma involuntaria con estos grupos criminales.

Lamentablemente en Sudamérica no solo nos debe preocupar la criminalidad compleja, sino también el crecimiento alarmante de los índices de corrupción que existen dentro de las mismas entidades gubernamentales, donde funcionarios o autoridades estatales, usan, abusan y disponen de fondos públicos como a bien tienen, sin procurar el bienestar común, sino que

buscan su beneficio propio, creando auténticas redes de corrupción para así lograr conseguir sus objetivos criminales y procurar salir impunes.

Frente a esto, tenemos un sistema jurídico deficiente, pues si bien permite en cierta medida la persecución, juzgamiento y sanción de las conductas criminales, no es menos cierto que al momento de recuperar los bienes o fondos que son utilizados para cometer un delito, o en su defecto son fruto de esta conducta delictiva, existen serias limitaciones, llegando inclusive a quedar en la impunidad estos delitos, hasta en el ámbito económico, pues siempre se ha dado mayor importancia a la sanción de carácter personal.

Se debe tomar en cuenta también que, estos fondos y frutos de actividades ilícitas son ingresados en el circulante licito del país a través del delito de lavado activos, o en su defecto, sirven para financiar otras actividades ilegales como el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico de armas, de personas, de órganos, delitos de corrupción y conductas ilícitas perpetradas en contra de la administración pública, por lo que deberían ser un punto de preocupación relevante de los Estados.

Hasta hace poco, una de las herramientas a través de la cual, en el derecho penal se buscaba justamente atacar a estos frutos de actividades ilícitas, era el comiso penal, sin embargo, este no cumple una función principal como herramienta para combatir a las estructuras criminales y corrupción, pues este es parte del proceso penal y no puede existir sin que medie una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, está limitado al curso de la causa principal, sumado a esto, se debe tomar en cuenta la complejidad en la investigación y desafíos que implica enfrentarse a grupos de poder estructurados, que cuentan con varios mecanismos para evadir el accionar efectivo de la justicia, tornando al comiso en una medida poco idónea y casi obsoleta.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, cuando en su artículo 54 (1) (c) establece que, se recomienda a los Estados parte la posibilidad de adoptar medidas que permitan el decomiso de bienes sin que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, pues, por lo general existe fuga o fallecimiento de los sujetos activos de la conducta delictiva, impidiendo la confiscación o recuperación de activos.

Por su parte, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en su recomendación 3ra, párrafo 3, ha manifestado que los países deben considerar la adopción de medidas que permitan embargar los productos o instrumentos de delitos sin que medie una sentencia condenatoria de por medio (Grupo de Acción Financiera Internacional, 2010)

Es por este motivo que los Estados han optado por buscar una herramienta que permita combatir de forma práctica, oportuna y eficaz a la criminalidad compleja y corrupción, que responda a estándares probatorios menos complejos que los exigidos en el derecho penal; y, que sobre todo, no requeriría de una acreditación previa de la existencia material de la infracción y de la responsabilidad de las personas acusadas, naciendo así la extinción de dominio.

Por ello, en el presente trabajo abordaremos la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, su relación con las distintas ramas del derecho; y, las principales características que dotan su condición de herramienta especial para poder combatir la criminalidad compleja.

2.- La extinción de dominio

David Filomena, define a la extinción de dominio como un proceso judicial a través del cual, el estado erradica el derecho de propiedad de una persona respecto de determinado bien, mismo que ha sido obtenido con fondos ilícitos, o, en su defecto, que ha sido empleado para perpetrar una conducta delictiva. (Filomena, 2020, pág. 6).

Por su parte, el autor Jaime Marroquín, sostiene que la extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes que se encuentren relacionados con el crimen

organizado, delitos perpetrados en contra de la salud pública, libertad individual, propiedad entre otros, a través de un procedimiento de carácter jurisdiccional y que es autónomo e independiente del proceso penal. (Marroquín Zaleta, 2010, pág. 3).

Mientras que, la Ley Modelo sobre la extinción de dominio, desarrollada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, concibe a esta institución jurídica como la consecuencia de carácter patrimonial que se produce en contra de las actividades ilícitas, a través de la declaratoria jurisdiccional (proceso autónomo e independiente) de la titularidad de los bienes o fondos en favor del Estado, sin que haya lugar a algún tipo de contraprestación en favor del accionado. (UNODC, 2011).

De los criterios expuestos se puede señalar que: la extinción de dominio es un mecanismo legal, adoptado por el derecho positivo, mediante el cual, a través de un proceso judicial, autónomo e independiente, el Estado declara la inexistencia de los derechos reales sobre bienes, por haberse originado estos en actividades ilícitas o destinado a ellas.

Por tanto, esta herramienta jurídica no se direcciona en contra de las personas concretamente por haber intervenido en el cometimiento de un hecho delictivo, sino respecto del derecho de propiedad de bienes de los que se presume su procedencia ilícita, o, por haber sido un elemento a través del cual se concretó la vulneración de un bien jurídicamente protegido por la norma penal.

Es decir, la extinción de dominio no constituye una pena o un elemento accesorio dentro del proceso penal, pues, esta institución puede ser iniciada de manera autónoma, sin que tenga relación directa con la imputación penal, pues cuestiona la existencia de un derecho respecto de un bien concreto.

Pero, para poder entender esta institución jurídica de manera indefectible debemos profundizar en varios de los elementos que componen su naturaleza.

3.- Naturaleza de la extinción de dominio

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica de la extinción de dominio, tenemos que, de acuerdo con nuestra legislación, es patrimonial, autónoma e independiente, pero a esto se puede agregar también que es jurisdiccional y multidisciplinaria (a tal punto que puede ser considerada un híbrido), o tal vez, una nueva institución del derecho en razón de su independencia con otras instituciones, por las siguientes razones:

3.1. Patrimonial

Para poder referirnos a esta característica, debemos remitirnos a los cimientos mismos de la extinción de dominio, esto es, a partir del crecimiento alarmante de la criminalidad compleja y corrupción, la búsqueda por parte de los Estados de una herramienta jurídica a través de la cual pueda existir una verdadera lucha en contra del crimen organizado; y, que también permita una efectiva recuperación de bienes y activos que hayan sido producto o medio de una actividad ilícita.

La extinción de dominio no busca la sanción de carácter personal, pues de eso ya se encarga el derecho penal, sino que más bien, debe ser entendida como una consecuencia jurídica, a través de la cual se produce la declaratoria de transferencia del dominio o titularidad de un bien en favor del Estado. Es decir, se ataca a los derechos reales individuales o de los grupos criminales, con el objetivo de mermar la capacidad económica de los delincuentes.

No olvidemos que, el derecho real de las personas sobre los bienes consiste en la facultad de usar, gozar y disponer de los mismos, por ende, a través de esta institución jurídica lo que se busca es privar a los grupos criminales de esta facultad, para poder limitar sus fuentes económicas para la financiación en el cometimiento de nuevos ilícitos.

Además que, la acción de extinción de dominio se entabla en contra de cualquier persona que se encuentre como titular de un bien cuya procedencia se considera ilícita, sin que

tenga mayor incidencia si es que en contra de este individuo existe imputación formal en materia penal o no por la ejecución de una conducta ilícita.

Por otro lado, de cierta manera esta institución jurídica reafirma el derecho de propiedad de cualquier ciudadano y su protección por parte del Estado, siempre y cuando la génesis de este derecho sea lícita, pues, de no ser así, no goza de amparo estatal.

3.2. Jurisdiccional

La jurisdicción y la competencia nacen de la Ley.

La primera, en palabras de Eduardo Couture, constituye:

[...] la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución [...] (Couture, 1978, pág. 40).

Por su parte, el autor Leonardo Prieto-Castro, define a la jurisdicción como:

[...]la función con la que el Estado, por medio de órganos especialmente instituidos realiza su poder y cumple su deber de otorgar justicia, en un proceso o procedimiento que esos órganos dirigen, aplicando las normas del derecho objetivo a los casos suscitados por una petición de justicia, es decir en el ejercicio de una acción [...] (Prieto-Castro, 1955, pág. 54).

De los conceptos referidos, se puede inferir que, la jurisdicción constituye la facultad que se le atribuye a un tercero imparcial denominado juez, de administrar justicia y ejecutar lo juzgado, así lo determina el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Es decir, únicamente aquellas personas que hayan sido designadas como jueces, a través de un concurso público de méritos y oposición, con arreglo a la Constitución de la República del Ecuador y la Ley, podrán ejecutar esta facultad de administrar justicia.

Mientras que, la segunda, en palabras del autor Luis Bazdrech, “la competencia es la medida del ejercicio de la jurisdicción conferida a determinada autoridad” (Bazdresch, 2005, pág. 108).

En nuestra legislación, el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que la competencia es la medida a través de la cual la jurisdicción se encuentra dividida, en razón del territorio, la materia, las personas y los grados. Ahora bien, una vez determinados estos elementos esenciales, y al haber fijado con claridad que tanto la jurisdicción, como la competencia tienen su génesis y sustento en la Constitución y la Ley, nos remitimos directamente a la materia de análisis del presente trabajo.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, esta acción es conocida únicamente por los Jueces de la Unidad Especializada de Corrupción y Crimen Organizado, los cuales se encuentran revestidos de jurisdicción y competencia, esto es, de la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Así mismo, la extinción de dominio como tal puede ser declarada únicamente a través de sentencia ejecutoriada. Es decir que, solo un Juez puede declarar la erradicación del derecho real o patrimonial de manera definitiva, tomando en cuenta que, en el decurso de este tipo de procedimientos judiciales, los juzgadores pueden disponer medidas cautelares con la finalidad de que no se evite el accionar de la justicia por parte de los grupos criminales.

Por último, la declaratoria de la pérdida del derecho real sobre determinado bien, que es efectuada por parte de la autoridad jurisdiccional competente, se la realizará siempre y cuando se verifique la concurrencia de alguna de las causales contenidas en el artículo 19 de la Ley

Orgánica de Extinción de Dominio, decisión que, evidentemente deberá encontrarse ejecutoriada para poder hablar de la extinción del derecho de propiedad.

3.3.- Multidisciplinaria

En este punto es necesario ahondar el objeto de análisis y desarrollo, pues, la discusión a nivel internacional se centra en definir si esta institución jurídica (extinción de dominio) pertenece al ámbito civil, administrativo o penal; por esta razón, hablamos de una nueva institución del derecho con una figura jurídica independiente.

3.3.1. Relación con el derecho civil.

Existen dos razones fundamentales por las que se considera que la extinción de dominio es de carácter civil, las mismas que son:

a) Por los derechos que se discuten.

El inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, establece que “La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro proceso jurisdiccional” (Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2022).

Acorde a la norma transcrita, verificamos que, por mandato legal la extinción de dominio es una acción eminentemente real, por cuanto dentro de esta se discuten derechos patrimoniales de los accionados, respecto de uno o varios de los bienes que son parte de su patrimonio, por considerarse que tienen una procedencia de carácter ilícito, o, que constituyeron el medio para ejecutar una conducta criminal.

Por otro lado, se debe tomar en cuenta que, la erradicación de los derechos de propiedad a favor del Estado, por parte de los jueces de extinción de dominio, constituye la consecuencia jurídica de las actividades ilícitas ejecutadas por el titular del bien, es decir, en materia de extinción de dominio no interesa la determinación de la existencia material de la infracción y

la responsabilidad de la persona procesada, pues de eso se encarga el derecho penal, sino que, esta institución jurídica busca determinar si, los derechos reales que ostenta un individuo respecto de un bien en concreto, fueron adquiridos acorde a la normativa legal vigente y las buenas costumbres.

Por ello, esta consecuencia jurídica puede ser catalogada como civil, en el sentido que, el derecho que se extingue es de carácter patrimonial o real, es decir, la facultad de usar, gozar y de disponer como desee el titular de determinado bien, sin que exista una contraprestación a cambio por parte del Estado, pues, a través de un proceso legal se ha determinado el origen o fin ilícito del bien.

En este punto, toma vital importancia el negocio jurídico, mismo que debe ser entendido como el mecanismo o forma a través del cual se obtiene el derecho de propiedad respecto de un bien en concreto, el cual será objeto de análisis en la extinción de dominio en sus componentes de la causa lícita y objeto lícito, para la determinación de la existencia o no del derecho real. Respecto del objeto lícito, se verificará si el bien o los fondos con los que se adquirieron tienen una procedencia legal; mientras que, respecto de la causa lícita, se determinará si es que la cosa como tal no fue adquirida para cometer un ilícito, o, en su defecto para perjudicar a una tercera persona.

Así, desde la perspectiva civil el Estado controla la causa lícita. La razón de ser del negocio es que la cosa se adquiera con una finalidad lícita, si un contrato se celebra, para una finalidad ilícita, la razón de ser del negocio a la luz del derecho civil sería nula o inexistente.

Pero además de ello, también debemos tomar en cuenta que, en el proceso de extinción de dominio, a más de los sujetos procesales comunes, esto es, accionante (el Estado) y el accionado, en este caso el titular del bien que se refuta es de procedencia ilícita, puede también

tomar parte en el juicio como tal, el denominado tercero de buena fe, a los cuales dentro del derecho civil y en materia no penal en general, se los conoce como terceristas.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, establece:

Art. 12.- La persona que sin ser parte procesal fuere perjudicada en su derecho a la propiedad, podrá intervenir como tercerista en la etapa judicial del proceso de extinción de dominio. Se entiende que una persona puede ser perjudicada cuando acredite que se encuentran comprometidos uno o más de sus derechos y no meras expectativas. (Ley Orgánica de Extinción de Dominio, 2022).

En este mismo sentido, el Código Orgánico General del Procesos, establece:

Art. 46.- Por regla general, en todo proceso, incluida la ejecución, podrá intervenir una o un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La solicitud para intervenir será conocida y resuelta por la o el juzgador que conoce el proceso principal. Se entiende que una providencia causa perjuicio directo a la o el tercero cuando este acredite que se encuentra comprometido en ella, uno o más de sus derechos y no meras expectativas. (COGEP, 2014)

De las normas transcritas se puede inferir que, el tercerista es aquella persona que, si bien inicialmente en la sustanciación de la causa no figuró como sujeto procesal, (para el caso de la extinción de dominio como accionante o accionado), puede ingresar como tercer interesado, siempre y cuando a través de la decisión judicial se esté afectando sus derechos personales, o, en su defecto, tenga un interés con el objeto materia de la Litis que no constituyan meras expectativas.

En nuestra legislación, conforme lo dispuesto en el artículo 47 del Código Orgánico General de Procesos, existen dos clases de tercerías, la primera que es conocida como excluyente, misma que opera cuando el tercero interesado busca a su favor la declaratoria total

o parcial del derecho por el cual está compareciendo a la causa; mientras que, la segunda, conocida como coadyuvante, que ocurre cuando, uno de los sujetos procesales (principales) mantiene una relación jurídica con el tercer interesado, cuyos derechos se pueden ver afectados en el eventual caso de que su coideario sea vencido en la contienda legal.

Pero la extinción de dominio no solo tiene íntima relación con el derecho civil por los derechos que se discuten, sino también por la normativa civil que la regula, punto que abordaremos a continuación.

b) Por las reglas sustantivas que regulan a la institución jurídica

El autor Biagio Brugi, define al derecho civil, como “sistema de normas que regulan la condición civil de los individuos y de modos mediante los cuales éstos adquieren, conservan, transmiten los bienes considerados en su valor de uso; esto es, como medios de conservación y perfeccionamiento de la especie humana” (Brugi, 2018, pág. 21).

En materia de extinción de dominio, si bien tenemos una Ley con el rango de orgánica que regula tanto la institución jurídica, como el procedimiento para su ejecución, no es menos cierto que por mandato legal se remite a los sujetos procesales y a los juzgadores a las normas de carácter sustantivo contenidas en el Código Civil, cuando existan vacíos legales o situaciones que no se encuentren contempladas en la norma principal.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, establece: “Art. 8.- Supletoriedad.- En todo lo que no esté previsto de manera específica en la presente Ley, en cuanto a normativa sustantiva, se aplicarán las reglas del Código Civil; y, en lo referente a la normativa adjetiva se aplicará lo regulado en el Código Orgánico Integral Penal” (COIP, 2014).

En materia de bienes, tanto la forma del nacimiento del derecho de propiedad, como la extinción del mismo se encuentran regulados en nuestro Código Civil, es por este motivo, que el legislador, ante el eventual escenario de que concurran hipotéticos no contemplados en la

Ley Orgánica de Extinción de Dominio, ha previsto la posibilidad de que se contemplen las regulaciones y mandatos contenidos en la normativa civilista, como reglas de carácter supletorio de esta institución jurídica.

Es por estas dos razones principales que se considera que la extinción de dominio es de naturaleza civil, como herramienta para combatir el crimen organizado ante la ineficiencia del derecho penal; sin embargo, como ya veremos más adelante, a esta institución jurídica se le atribuyen dos naturalezas ligadas a otras ramas del derecho.

3.3.2 Relación con el derecho administrativo

El autor José Esteve Pardo, señala:

El Derecho administrativo se construyó y desarrolló en torno a las administraciones públicas. Es el Derecho que se fue desarrollando al filo de su sometimiento a la ley y los tribunales y cuyo objetivo era y es alcanzar un punto de equilibrio entre los poderes atribuidos a la Administración, para la tutela del interés público que se le encomienda, y los derechos de los particulares, estableciendo fórmulas justas y efectivas de recomposición de esos derechos en los supuestos en que resultaran mermados por la actividad de la Administración. (Esteve Pardo, 2019, pág. 49).

Por su parte, el autor Miguel Sánchez Morón, respecto del derecho administrativo, establece:

En efecto, el derecho administrativo comprende un conjunto o sistema de normas jurídicas, muy numerosas por cierto, que tienen por referencia común a la Administración Pública. Esas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Administración, sus relaciones con otros sujetos de derecho, privados y públicos, y los controles jurídicos a que aquélla está sometida. (Sánchez Morón, 2021, pág. 35).

Ahora bien, en materia de extinción de dominio, se sostiene que guarda relación y tiene una naturaleza de carácter administrativa por cuatro razones que son componentes fundamentales de esta institución jurídica, las cuales son:

a) Por la pretensión

Dentro de todo proceso legal debemos entender que, así como existen pluralidad de sujetos procesales, también existe pluralidad de intereses o pretensiones, siendo esta última el objetivo o aquello que se le solicita al juzgador declare a través de una sentencia, misma que opera como respuesta judicial a las exigencias esgrimidas por las partes.

Entonces, la pretensión se puede definir como la expresión de voluntad de los sujetos procesales, a través de la cual, se exige a una autoridad judicial que determine mediante una sentencia ejecutoriada, la existencia, aplicación o extinción de un derecho.

Ahora bien, en materia de extinción de dominio, el objetivo que guarda intrínsecamente esta institución jurídica es de carácter público, donde el Estado en calidad de accionante busca la erradicación de un derecho de propiedad por encontrarse viciado desde su nacimiento, ya sea por el modo en que se adquirió el derecho real (por el financiamiento de o resultado de actividades ilícitas), o, por el destino que se ha dado al bien en concreto, justificando dejar sin efecto el dominio que nació de una razón de ser ilícita.

Por tanto, la pretensión que se esgrime a través de esta institución jurídica es eminentemente pública, pues, por medio del proceso legal pertinente, el Estado, como interesado directo busca hacerse acreedor al derecho de propiedad de un bien en concreto, que dicho sea de paso, jamás existió respecto de su presunto titular, en el mundo jurídico por estar viciado desde su nacimiento.

En consecuencia, es necesario aclarar que, en este tipo de procedimiento, no se ventilan circunstancias o problemas entre dos particulares respecto de derechos concretos, sino que, es el Estado el interesado directo.

b) Por los sujetos procesales

En este punto es necesario partir indicando que, el Estado Ecuatoriano, es una organización social que, con la finalidad de optimizar su funcionamiento y para poder satisfacer las necesidades; y, derechos de los ciudadanos que forman parte de este grupo humano, descentraliza su poder, a través de su distintas funciones y organismos que lo componen.

El artículo 15 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, establece que los sujetos procesales en esta institución jurídica y procedimiento especial serán la Fiscalía General del Estado, el individuo que tiene la calidad de accionado, cuyo derecho de propiedad se cuestiona; y, la Procuraduría General del Estado.

Respecto de la Fiscalía General del Estado, tenemos que, acorde a los lineamientos establecidos en los artículos 17 y 23 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, será el ente encargado de dirigir la fase de investigación de carácter patrimonial, misma que iniciará de oficio, por informe remitido por la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE), o, por denuncia, para lo cual se creará la unidad especializada en la materia, fase que, concluirá con la resolución de pretensión de extinción de dominio, o, en su defecto, con la solicitud de archivo de la investigación patrimonial.

Es decir, en este tipo de procedimientos judiciales, la Fiscalía General del Estado operará como titular del ejercicio de la acción de extinción de dominio, pues llevará cabo la fase de investigación patrimonial, para posteriormente emitir una especie de dictamen sobre el cual se erigiría el proceso como tal, ante el órgano de administración de justicia competente, hasta que el proceso concluya con la erradicación del derecho de propiedad, o, la declaratoria

de que no existe mérito por no haberse configurado alguna de las causales contenidas en el artículo 19 de la mentada Ley.

Por otro lado, tenemos la intervención de la Procuraduría General del Estado, la misma que, conforme lo dispuesto en los artículos 237 de la Constitución de la República del Ecuador, 2 y 3.b) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, 16 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, funge como el representante judicial del Estado Ecuatoriano, además de presentar la demanda de extinción de dominio y la acusación particular correspondiente para promover la acción de extinción de dominio, ante el órgano de administración de justicia competente.

Por tanto, aquí se puede observar que justamente dos instituciones que forman parte del aparataje estatal, son las encargadas de investigar y promover la acción de extinción de dominio, con lo cual se reafirma la postura de que el Estado es el principal interesado y por consiguiente, el accionante dentro de este procedimiento de carácter judicial, mismo que se contrapone a los intereses de los particulares (derecho de propiedad individual), por lo que evidentemente se requiere de una especie de limitante al poder público, motivo por el cual se sostiene que esta institución jurídica está dotada de una naturaleza administrativa.

c) Función social del derecho de propiedad

En el presente ensayo ya se ha indicado que, el derecho de propiedad constituye la facultad legal que tiene un individuo, que ostenta la calidad de titular de un objeto en concreto, para poder usar, gozar y disponer del mismo como a bien tenga. Sin embargo, de ello, es necesario tomar en cuenta lo dispuesto en nuestra Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 66.26 y 321, normas que determinan con claridad el reconocimiento y garantía de la propiedad privada, empero, la misma debe cumplir una función social y ambiental, pero, para efectos de estudio únicamente nos centraremos en la primera de ellas.

En este orden de ideas, la teoría de la función social de la propiedad nace en Europa, en el siglo XIX, de la mano de León Duguit, como resultado de las protestas constantes por parte de los grupos obreros, que exigían con justa razón, mejoras en el ámbito salarial y beneficios de carácter laboral (seguridad social, salubridad, etc.) por los servicios que prestaban, así como, en el ámbito agrario, se buscaba la distribución equitativa de la tierra, la cual, por regla general se encontraba en poder de los terratenientes.

León Duguit proponía, que:

el propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propiedad están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarse a cumplir su función social de propietario que consiste en asegurar el empleo de la riqueza conforme a su destino. (Duguit, 1920, pág. 190).

Es decir, este autor sostiene que, si bien se reconoce al ciudadano el derecho a la propiedad, este como titular del bien tiene la obligación social de hacer producir un beneficio para la sociedad, esto es, que otorgue plazas de trabajo, alimento, vivienda, en general un aporte para el grupo humano. Por tanto, la función social constituye, el aprovechamiento máximo de los recursos y bienes existentes en pro de la sociedad y de sus integrantes, generando riqueza, trabajo y fuentes de ingresos, que en suma de cuentas constituye el bienestar común.

Así mismo, en el eventual caso de que el titular del bien no cumpla con esta finalidad, el Estado está legitimado para intervenir y poner a trabajar esos bienes que están en manos de personas que no los hacen producir, para lo cual éste podrá valerse de la institución jurídica de la expropiación, misma que constituye la cuarta razón por la que a la extinción de dominio se la relaciona con el derecho administrativo.

d) Expropiación

El artículo 323 de la Constitución de la República del Ecuador, establece:

Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación. (CRE, 2008).

Este apartado va íntimamente ligado con la función social de la propiedad, en el sentido de que, el Estado, como organización social, tiene la obligación de ejecutar planes de desarrollo social, esto es, en el ámbito de vivienda, educación, salud, trabajo y materia económica, para con ello lograr la maximización del goce de los derechos de quienes conforman la sociedad, procurando el bien común, la distribución equitativa de la riqueza, para lo cual, podrá valerse de instituciones jurídicas como la expropiación para poder cumplir con esta finalidad.

La expropiación, en palabras del autor Roberto Dromi constituye:

El instituto de derecho público mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, priva coactivamente de la propiedad de un bien a su titular, siguiendo un determinado procedimiento y pagando una indemnización previa, en dinero, integralmente justa y única. (Dromi, 2001, pág. 817).

Por su parte, el autor García Gómez de Mercado, define a la expropiación como “Cualquier forma de intervención administrativa que implique la privación singular de la propiedad privada o de derechos intereses patrimoniales legítimos, acordado imperativamente, en virtud de una causa de utilidad pública o interés social y que conlleva la correspondiente indemnización.” (Gómez de Mercado, 2007, pág. 14).

Consecuentemente, se puede verificar que la expropiación, está orientada a cumplir con esta función social, esto es, el aprovechamiento de los recursos disponibles a nivel nacional, inclusive privando del derecho de propiedad de los bienes de carácter privado, cuando estos no sean productivos en manos de sus titulares, ni generen un beneficio de carácter social, sin que esto constituya una confiscación. Para el efecto el Estado debe cumplir con ciertos requisitos que tienen el carácter de obligatorios, como son la declaratoria de utilidad pública o interés público, el debido proceso de carácter administrativo de expropiación; y, el pago justo y único que se efectúa como especie de compensación por la erradicación del derecho real del propietario original.

Por este motivo es que se relaciona a la expropiación con la extinción de dominio, pues ambas constituyen un modo de pérdida del derecho de propiedad, sin embargo, entre ellas existen diferencias sustanciales.

e) Diferencias entre la expropiación y la extinción de dominio

1.- Como ya se indicó, la expropiación procede por la declaratoria de utilidad pública o interés social respecto de un bien concreto, por considerar que el mismo puede otorgar beneficios a la sociedad en general; mientras que, la extinción de dominio erradica el derecho de propiedad por este nacer viciado desde el principio al estar ligado con actividades de carácter ilícito, o, por ser el resultado de estas, es decir, que su adquisición fue financiada con fondos de origen ilegal.

2.- La expropiación es un procedimiento de carácter administrativo y unilateral que ejecuta el Estado en contra de un administrado, por tanto, todas las etapas del procedimiento se las ventila en una de las entidades que forma parte del aparataje estatal.

3.- Uno de los requisitos indispensables en la expropiación es el pago único de un justo precio, mismo que se fija en base al avalúo del bien y la negociación efectuada por la entidad

estatal con el titular del mismo, lo cual opera a manera de compensación por el gravamen causado al privarlo de su derecho real; en la extinción de dominio no se realiza ningún tipo de compensación ni pago por parte del Estado al accionado, pues, la inexistencia de su derecho de propiedad es la consecuencia de la ilicitud de los fondos o acciones que el mismo ejecutó para poder ostentar la calidad de señor y dueño del bien en concreto.

Por último, si bien la acción de extinción de dominio supone la supresión de los derechos reales de personas sobre bienes que han obtenido bajo causa u objeto ilícito, y en consecuencia no supone una compensación al respecto para los mismos, es preciso referirnos a que el inciso segundo del artículo 51 de la Ley de Extinción de Dominio prevé que al declararse la improcedencia de la pretensión, se ordenará la revocatoria de todas las medidas cautelares impuestas (prohibición de enajenar, retención e incautación), considerando que las mismas no suponen un carácter sancionatorio, por lo que se devolverán los bienes sobre los cuales se impusieron las mentadas medidas.

Si bien la mentada disposición refiere, por una parte, que cuando haya procedido la enajenación anticipada de los bienes, a la luz del artículo 37 *ibidem*, se dispondrá la entrega del valor íntegro resultado de la enajenación al afectado, no se establece cómo operar cuando se han ocasionado daños y perjuicios por impedirse el ejercicio de los derechos reales bajo medidas cautelares, lo que deja abierta la posibilidad de que el afectado accione por la vía correspondiente el reclamo de esta obligación, e incluso, que acorde a las reflexiones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador, se active la vía a través de un procedimiento arbitral, que requerirá de forma previa la declaración de la vulneración de derechos humanos por parte del referido organismo (Párrafo 232, 233). (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador, 2007), o de un órgano local que pueda declarar vulneraciones de Derechos Humanos y establecer mecanismos de reparación integral.

3.3.3. Relación con el derecho penal

Esta rama del derecho, en palabras del autor Santiago Mir Puig “Es el conjunto de normas jurídicas que constituye el denominado ordenamiento jurídico penal que tienen por objeto la determinación de las infracciones de naturaleza penal y sus correspondientes sanciones -penas y medidas de seguridad” (Mir Puig, 1976, pág. 29).

Por su parte, el tratadista Bernd Schünemann, establece que “El Derecho penal material, cuyas reglas fundamentales están contenidas en el StGB, fija las características de la acción punible y amenaza las consecuencias jurídicas (las penas y medidas de seguridad), que están conectadas a la comisión del hecho punible.” (Schünemann & Roxín, 2017, pág. 57).

De las citas transcritas se puede evidenciar que, el derecho penal determina aquellas conductas que serán consideradas como infracciones o ilícitos a la luz de la sociedad en general y la consecuencia jurídica (pena) a la que será acreedor quien incurra en la descripción típica, sin embargo, este también constituye el medio a través del cual se ejecuta el poder punitivo del Estado, esto con la finalidad de no dejar en la impunidad aquellas conductas que ameritan un reproche por la vulneración a los bienes jurídicos tutelados, pero, a su vez, el mismo derecho penal figura como un limitante a este poder punitivo, para así evitar la arbitrariedad en su aplicación por parte de las autoridades que están llamadas a aplicarlo.

El derecho penal es de última ratio (mínima intervención penal), pues constituye el último recurso al que se debe recurrir para la sanción de conductas contrarias al ordenamiento jurídico vigente, esto debido a la lesividad y severidad de las penas que el mismo contiene. Debemos recordar que no es una mejor sociedad ni más justa, aquella que contenga normas más severas, ni tampoco aquella que abuse de su poder punitivo.

Ahora bien, de manera general se ha asociado a la extinción de dominio con el derecho penal, por dos razones concretas:

a) Por las normas jurídicas a aplicarse

Como ya se ha fijado en el presente trabajo, el artículo 8 de la Ley de Extinción de Dominio, de manera clara establece como norma supletoria, en lo procedimental al Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, vemos que esta institución jurídica, no solo prevé este escenario, sino que también, en su artículo 26 Ibidem, determina que se emplearan las técnicas especiales de investigación al momento de realizar la indagación patrimonial por parte de la Fiscalía General del Estado.

Las técnicas especiales de investigación son normas que regulan el actuar de la Fiscalía General del Estado dentro de la etapa preprocesal y procesal penal propiamente dicha, pues están destinadas a establecer los límites y requisitos que debe cumplir de manera obligatoria el ministerio fiscal al momento de evacuar experticias y recabar vestigios, rastros, indicios e inclusive pruebas, que permitan determinar la posible existencia de un delito y sus responsables.

Pero a esto debemos abonarle lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, donde se puede observar que existe la posibilidad de que ante la decisión de erradicar el derecho de propiedad a más del recurso ordinario de apelación, se puede interponer los recursos extraordinarios de casación y revisión.

Si bien el primero de ellos se encuentra previsto también en las materias no penales, el segundo es propio y exclusivo de materia penal, mismo que tiene por finalidad la restitución del estado de inocencia por haber sido el sentenciado, sancionado en base a una verdad procesal que no guarda relación con la verdad histórica, lo cual se logra únicamente con una propuesta fáctica distinta a la evacuada en el juicio y con prueba nueva que acredite estos nuevos hechos.

Por otro lado y no menos importante, al ser los jueces de la Unidad Especializada Contra la Corrupción y Crimen Organizado los competentes para conocer la extinción de dominio, evidentemente, el órgano superior encargado de conocer los recursos extraordinarios de

casación y revisión será la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, la cual tiene competencia exclusiva para conocer procesos de connotación penal.

Por tanto, se puede observar una relación directa entre la extinción de dominio y el derecho penal, pues emplea técnicas e instituciones jurídicas que son propias del proceso penal, con la finalidad de lograr demostrar la procedencia ilícita de un bien en concreto y así poder lograr la erradicación del derecho de propiedad de su titular, así como el régimen impugnatorio que se emplea para poder lograr la reversión de esta decisión jurisdiccional, motivos por los cuales esta institución tiene una naturaleza íntimamente relacionada con esta rama del derecho.

b) El comiso penal

El autor Fernando Velásquez, define al comiso como:

Incautación definitiva y en consecuencia es la pérdida del derecho de propiedad de aquellos elementos, cosas o 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 en provecho para el autor o los causantes del hecho punible. (Velásquez Velásquez, 2009, pág. 1223).

El comiso penal (Art. 69 del COIP), por su naturaleza jurídica constituye una pena accesoria, que forma parte de la sanción penal como tal, a través de la cual se priva del derecho de propiedad al sentenciado, por haber empleado determinado bien en el cometimiento de un injusto penal, o, por que este es el resultado o beneficio obtenido de la ejecución de la conducta típica.

Es decir, para que pueda ser dispuesto el comiso penal respecto de determinado bien en concreto, es necesaria la declaratoria previa de la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada en una sentencia condenatoria, pues, el comiso busca

dar cumplimiento a una de las finalidades del proceso penal, esto es, resarcir los daños causados por la existencia de una conducta típica.

Respecto de este punto, el autor ecuatoriano Ramiro García Falconí, ha expresado que, el comiso penal “reúne las notas propias de la sanción penal, la indemnización para el perjudicado en el hecho punible, el cual no es más que el efecto civil de la infracción o una mera determinación de carácter procesal para efectos probatorios” (García Falconí, 2014, pág. 666).

Por ello, se puede inferir que, no puede existir comiso penal (pena accesoria), si no existe la determinación de una sanción principal, esto es, la imposición de una pena privativa de la libertad o una medida de seguridad, de acuerdo con las reglas previstas en nuestra legislación, específicamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 del Código Orgánico Integral Penal.

Existe una diferencia sustancial y muy clara entre lo que constituye la pena principal y la secundaria, pues la primera puede ser aplicada por el juzgador de manera individual, pudiendo subsistir y ser ejecutada por sí misma; mientras que la segunda, solo puede ser empleada cuando se ha impuesto al acusado una sanción de carácter principal, dependiendo enteramente su existencia de esta. En este sentido se ha expresado el tratadista Claus Roxin, cuando expresó “consiste en que las penas principales pueden imponerse en un caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal” (Roxin, 1997).

Así mismo, es necesario señalar que el comiso penal, es un modo de erradicar el derecho de propiedad (al igual que la extinción de dominio), por tener el bien una relación directa con la conducta típica, sin embargo, esta procede únicamente en contra de los delitos dolosos, por mandato expreso del artículo 69.2 del Código Orgánico Integral Penal.

Ahora bien, por estos motivos es que se relaciona al comiso penal con la extinción de dominio, pues ambas instituciones jurídicas implican el desconocimiento del derecho de propiedad del titular de un bien en concreto, cuando esté haya sido empleado en la ejecución de un acto ilícito, o, cuando sea resultado de la actividad delictiva, sin embargo, debo ser enfática en señalar que no constituyen lo mismo.

c) Diferencias entre el comiso penal y la extinción de dominio

1) El comiso penal es parte de la pena, la cual es impuesta por la determinación de la existencia material de una infracción penal y la responsabilidad de la persona que ha sido sentenciada a través de un proceso penal, mientras que, la extinción de dominio constituye la consecuencia jurídica que acarrea la inexistencia del derecho de propiedad del titular de un bien, aunque no pudiera atribuírsele la actividad ilícita, pues este derecho se encuentra viciado desde su nacimiento o en su ejercicio, ya sea porque el bien en concreto fue empleado para cometer un ilícito, o porque es el resultado del mismo.

2) La extinción de dominio no es parte ni constituye un proceso penal, constituye una acción autónoma e independiente (lo cual será analizado más adelante), a través de la cual se cuestiona la legitimidad o no del derecho de propiedad desde su nacimiento respecto de un bien en concreto; mientras que, el comiso, es parte del proceso penal, específicamente de la pena que se impone al infractor, la cual se aplica luego de que existe una sentencia condenatoria ejecutoriada, por lo que esta figura jurídica no goza de autonomía e independencia, pues sigue la suerte de la causa principal.

d) Presunción de inocencia y la valoración de la prueba

Es preciso señalar que la acción de extinción de dominio, si bien tiene en parte relación con el derecho penal, no es menos cierto que es autónoma de la misma, por ende, tampoco tiene nada que ver con el principio de presunción de inocencia, mismo que a la luz de los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 76.2 de la Constitución de la

República y 5.3 del Código Orgánico Integral Penal, significa que a toda persona sometida a una investigación y proceso penal, se le debe considerar y dar el tratamiento de inocencia hasta que en su contra se emita una sentencia condenatoria que adquiera la autoridad de cosa juzgada.

La acción de extinción de dominio, a diferencia de las acciones penales, no entrama la existencia de una pretensión punitiva, pues la misma no se erige para acreditar una infracción penal, la responsabilidad de una persona, el nexo causal entre ambas instituciones, la pena a imponer y la determinación de un daño y la forma en cómo se debe reparar, sino que la misma persigue una pretensión patrimonial, que implica que se pierdan o desestimen los derechos reales de contenido patrimonial que ostenta una persona sobre un bien producto de una causa u objeto ilícito, y se declare su constitución a favor del Estado.

En consecuencia, tenemos que las acciones penales encuentran justificación en su existencia, pues se amparan en el ejercicio del poder punitivo y del cumplimiento del control social, velando por la prevención en la comisión o reincidencia de infracciones y por la represión penal, mientras que los fundamentos que dan legitimidad a la acción de extinción de dominio son diametralmente distintos a los antes expuestos, ya que su naturaleza patrimonial implica resolver únicamente en cuanto al derecho de propiedad que ostenta o no una persona, en función de si el mismo se obtuvo producto de un negocio ilícito.

Finalmente, si bien es cierto que en materia de extinción de dominio, tanto el anuncio como la práctica de pruebas deben establecerse en función de los principios generales de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión e igualdad, que se encuentran previstos en el texto del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, no debemos confundirnos y pensar que corresponde emplear el estándar de valoración probatorio propio de la materia penal, pues ambos difieren respecto a las finalidades que persigue la prueba.

En materia penal, los artículos 453 y 455 del Código Orgánico Integral Penal establecen que la prueba persigue como finalidades la determinación de la existencia material de una infracción, de la responsabilidad de la persona procesada, y el nexo causal entre ambas instituciones, todo esto, más allá de toda duda razonable; mientras que en materia de extinción de dominio, no se practican pruebas de cara a comprobar lo antes mencionado, sino la existencia de la ilicitud de un negocio jurídico a través del cual se ha adquirido determinado bien, sea porque su causa o su objeto es ilícito, para suprimir estos supuestos derechos reales relacionados a la propiedad en beneficio del Estado.

e) Valoración de la prueba y grado de conocimiento

Entendemos por valoración de la prueba, al razonamiento que efectúa el administrador de justicia respecto de los elementos probatorios que han sido puestos a su disposición por parte de los sujetos procesales, para en base a la aplicación de su conocimiento, experiencia, lógica y las reglas contenidas en el ordenamiento jurídico, arribar a un grado de conocimiento; y, obtener determinada verdad procesal.

Existen tres métodos de valoración de la prueba, siendo estos, el sistema de prueba legal o prueba tasada, el sistema de intima convicción o persuasión y el sistema de libre convicción o sana crítica racional.

El primero de ellos constituye el sistema en el cual, la norma adjetiva establece la forma como un juzgador debe llegar o no a un grado de conocimiento respecto de las pruebas que han sido practicadas por los sujetos procesales. Es decir, fija con anterioridad los requisitos necesarios para que un juez arribe a determinada verdad procesal. Por ejemplo, si respecto del delito de abuso sexual, la norma penal establece que será su acreditación con la existencia de dos testigos presenciales.

Por otro lado, al ser la misma ley aquella que impone las pruebas que se pueden practicar para la acreditación de un hecho, este sistema de valoración de prueba es contrario al principio de libertad probatoria, ya que solo se podrá realizar aquello que la ley dictamine, siendo este su principal inconveniente con un nuestro sistema procesal.

El segundo sistema es el de intima convicción, en el cual no existe como tal una regla para valoración de la prueba, sino que, al juzgador se le da la libertad de convencerse respecto de determinado hecho de la manera que el crea conveniente o en base a su íntimo parecer, todo esto solo en base a su leal saber y entender (intuición).

En este punto es necesario señalar que, este sistema es gravoso para los derechos de los sujetos procesales en el sentido de que, el juez resolverá en base a su parecer e intuición, además que, el administrado de justicia no tiene la obligación de motivar su decisión, pues el método de valoración de prueba de intima convicción se rige por el principio de presunción de racionalidad, el cual implica que el juzgador es conocer del derecho y que al momento de resolver lo hace con estricto apego a la Ley, sin que se puede poner en tela de duda la conclusión a la que arribó.

Por tanto, este sistema de valoración de prueba es el escenario perfecto para la arbitrariedad e injusticia, siendo incompatible con nuestro sistema procesal.

Por último tenemos el sistema de libre convicción, el cual se erige sobre la existencia previa de normas que establecen lineamientos para ejercicio del proceso de valoración de la prueba, mismos que se sustentaran en dos puntos esenciales, siendo estos el principio de libertad probatoria y la aplicación de la sana crítica.

Así mismo, en este sistema de valoración de la prueba, el juzgador tiene la obligación de exteriorizar el razonamiento a través del cual determino un hecho como cierto, es decir, expresar en decisión la forma como arribó a una verdad procesal, sustentándose en los hechos

puestos en su conocimiento y las pruebas que para el efecto han practicado los sujetos procesales.

Por lo que podemos ver que este es el mecanismo o sistema de valoración de la prueba más adecuado acorde a las reglas procesales y garantías del debido proceso; y, que más se ajusta a nuestro régimen procesal, siendo el aplicable en el caso en concreto de la extinción de dominio.

Pero bien, hay otro punto que es necesario abordar, y es al grado de conocimiento al que debe arribar el juzgador a través del sistema de valoración de la prueba en materia de extinción de dominio.

Existen dos grados de conocimiento, por un lado, tenemos el de convencimiento, el cual implica un mayor análisis respecto del caudal probatorio por parte del juez, ya que está en la obligación de establecer las razones por las que algunas pruebas son idóneas y conducentes para arribar a determinada verdad procesal; y, por que las otras pruebas han sido desechadas, es decir, realizar un verdadero ejercicio de motivación.

Por otro lado, tenemos la certeza, la cual se erige sobre un análisis de las pruebas que el juez considera pertinentes y necesarias, sin que deba explicar las razones por las que el resto del caudal probatorio ha sido desechado o no ha sido tomado en cuenta, por lo que desde ya vemos que es contrario a la garantía de motivación y el derecho a la defensa de los sujetos procesales.

f) Toma de postura.

En este punto, se considera que, el sistema de valoración de prueba que debe ser empleado para la institución de extinción de dominio es el de libre convicción, pues es aquel que más se adecua a nuestro sistema procesal y normativa vigente, además que, es el que otorga mayor libertad a los sujetos procesales para la obtención y producción de la prueba,

estableciendo a su vez lineamientos para el ejercicio de valoración del caudal probatorio, en relación directa con la sana crítica.

Por otro lado, en cuanto al grado de conocimiento, al ser la extinción de dominio una institución a través del cual se erradica el derecho de propiedad de una persona, considero que la convicción a la que debe arribar el juzgador debe ser del grado del convencimiento, siendo en este en el que no existe duda alguna que sea contraria respecto de la procedencia ilícita o la utilización de un bien en concreto para la ejecución de una conducta típica

4. Autónomo e independiente

Una vez se ha concluido con la determinación de las razones por las que la extinción de dominio está relacionada con otras ramas del derecho en general, corresponde establecer la naturaleza de independencia y autonomía de esta institución jurídica, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.

4.1 Independencia

En el ámbito jurídico, se puede definir a la independencia como la cualidad que reviste una institución jurídica, a través de la cual, esta puede ser iniciada, sustanciada y resuelta por un órgano jurisdiccional, sin la necesidad de un requisito adicional existente, previsto en la Ley.

Le extinción de dominio en nuestro país, nace dotada de la naturaleza de independiente, revestida de un alcance especial, pues, teóricamente el legislador establece que esta acción no depende de la subsistencia o resolución de una causa penal previa, para poder ser iniciada y dispuesta. Justamente esta característica es la que la diferencia de otras instituciones jurídicas como el comiso penal.

Como ya fijamos anteriormente, el comiso penal es una pena accesoria, que única y exclusivamente puede ser ordenada cuando exista de por medio un proceso penal y posteriormente, una sentencia condenatoria ejecutoriada que determine la existencia material

de una infracción penal y la responsabilidad del imputado, caso contrario la eliminación del derecho de propiedad es imposible.

Por lógica, la extinción de dominio tampoco es una pena, por ende, no puede depender de la determinación previa efectuada por el derecho penal, pues, esta institución jurídica refuta la legalidad y por ende existencia del derecho de propiedad a la luz de la normativa vigente, las buenas costumbres y buenas prácticas, que ostenta el presunto titular de un bien en concreto.

Tal es la independencia que reviste a esta institución jurídica que, si bien en materia penal, conforme lo dispuesto en los artículos 72.3 y 416.4 del Código Orgánico Integral Penal, la acción penal y la pena se extinguirán por la muerte de la persona procesada o sentenciada, afectando no solo al ámbito personal de quien fue sometido al poder punitivo, pues, al verificarse su muerte, el juzgador deberá ordenar el levantamiento de las medidas cautelares de carácter real y personal, o, en su defecto la extinción de la pena, lo cual incluye las sanciones accesorias impuestas al infractor.

Este escenario no ocurre en la extinción de dominio, pues, el artículo 21 de la Ley que regula a esta institución jurídica en nuestro país, prevé con claridad que la muerte del accionado, esto es, el titular del bien que se pretende extinguir el derecho de propiedad no interrumpirá ni cesará la acción.

Por estas razones es que se puede afirmar que, la naturaleza de independencia vuelve a la extinción de dominio una institución jurídica especial, permitiéndole rebasar las limitaciones contenidas en el derecho penal y que son propias del poder punitivo del Estado, pudiendo convertirse en una herramienta adecuada para combatir el financiamiento de los grupos criminales y la corrupción misma.

4.2 Autonomía

El autor Luciano Parejo, define a la autonomía como “la cualidad de un sujeto, una organización, consistente en cierta capacidad de autorregulación” (Parejo Alfonso, 2014, pág. 79).

Consecuentemente, la autonomía consiste en la facultad de autorregularse y autolimitarse que puede tener un individuo o una organización social, como por ejemplo el Estado; pero bien, en materia de la acción de extinción de dominio como tal, tiene que ver con la prescripción de normas propias que regulan su existencia, procedimiento, competencia, causales específicas para su procedencia, cumpliendo así con el principio de legalidad, remitiéndose únicamente a normas de carácter supletorio, cuando la normativa de carácter principal no contenga algún escenario sustantivo o adjetivo para la erradicación de la propiedad.

Por otro lado, al referirnos a la autonomía en el sentido de que el juzgador encargado de sustanciar la acción, en ejercicio de sus atribuciones legales, únicamente verificará la concurrencia de los presupuestos necesarios para la procedencia de la extinción de dominio, dentro de los cuales destaca la determinación del nexo causal entre la actividad ilícita y el bien, lo cual se sustenta en las pruebas que se actúen en la causa para el efecto, sin que esto constituya la calificación jurídica de los hechos en materia penal, pues esta actividad es una facultad exclusiva de los jueces y tribunales especializados.

Así mismo, en materia probatoria, se observa que en el proceso de extinción de dominio se aplica la carga de la prueba, esto es que, quien alega la existencia de algo, tiene la obligación de demostrar su existencia, en esta institución jurídica, hablamos de la presunción de buena fe, por tanto la Fiscalía General del Estado y la Procuraduría General del Estado, como titular de la acción y acusador particular respectivamente, tienen el deber jurídico de aportar elementos probatorios que sustenten la teoría de procedencia ilícita del bien, mientras que, si el accionado

(particular), sostiene la existencia de la buena fe, recae en el la carga de demostrar su aseveración.

Inclusive esta cualidad va más lejos, pues, recordemos que la extinción de dominio (en teoría), procede cuando existen serias presunciones fundadas de que un bien tiene un origen ilícito, o ha sido el medio para cometer una conducta criminal, sin que sea necesaria la concurrencia o existencia de una causa penal que motive su iniciación, por lo que se puede sostener que la autonomía de esta institución jurídica es la consecuencia de su naturaleza de independencia.

Una vez que se ha delineado de forma clara, la naturaleza jurídica de la extinción de dominio corresponde tratar el tema principal del presente trabajo científico, donde se analizarán los problemas existentes en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, referentes a la prejudicialidad, retrospectividad y prescriptibilidad de la acción como tal.

5. Prejudicialidad

Respecto de esta institución jurídica, el autor Emilio de Llerena, ha expresado:

Cuando para la decisión de fondo sobre un asunto concreto, atribuido legalmente al conocimiento de un determinado órgano jurisdiccional y que constituye el objeto principal del proceso, es necesaria la previa decisión también de fondo sobre otro asunto integrado en aquel (objeto accesorio) que, aisladamente considerado, es susceptible de constituir el objeto de otro proceso distinto (De Llerena Suárez, 2008, pág. 203).

En materia penal, el autor ecuatoriano Ricardo Vaca establece que “Las cuestiones de prejudicialidad se dan, entonces, cuando es necesario esperar el pronunciamiento previo, oficial y definitivo -es decir, pasado en autoridad de cosa juzgada- de los jueces del fuero civil para poder iniciar, recién, la acción penal.” (Vaca Andrade, 2020, pág. 469).

Mientras que, el autor Jorge Clariá Olmedo señala:

Las cuestiones prejudiciales son sustanciales porque se vinculan directamente con la existencia del delito en cuanto a uno de sus elementos, y sus efectos procesales se muestran en: 1. La paralización del trámite. 2. La necesaria atribución de competencia extrapenal. 3. El planteamiento de una limitación al sistema probatorio. Cuando estos efectos no se producen, la cuestión puede ser previa pero no prejudicial (Clariá Olmedo, 1998, pág. 180).

En nuestro país, la institución jurídica de la prejudicialidad se encuentra regulada en el artículo 414 del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo con claridad una subordinación en este aspecto por parte del derecho penal al derecho civil, debido a que amerita por disposición normativa, la existencia de un auto resolutivo o sentencia en firme, que resuelva el fondo del asunto en la vía civil, para el inicio de la acción penal.

Por tanto, se puede inferir que la prejudicialidad constituye una cuestión jurídica, misma que exige la existencia de una decisión jurisdiccional previa dictada en otra materia del derecho (civil-penal), que tenga la calidad de cosa juzgada, para que de esta manera pueda iniciar un proceso judicial, caso contrario, al ser un requisito *sine qua non*, la causa que se busca propiciar no podrá ser sustanciada.

Ahora bien, el problema existente en nuestra legislación es que, la prejudicialidad en materia penal, como institución jurídica se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico vigente que rige al país, sin embargo, las causas que se encuentra sometidas a ella no se encuentran establecidas taxativamente, obligándonos a remitirnos a otros cuerpos normativos e inclusive a interpretaciones para comprender su alcance y aplicación.

Por ejemplo, dos casos en los que de manera indefectible se debe aplicar la prejudicialidad son el documento público falso (Art. 214 COGEP) y la insolvencia fraudulenta (Art. 417 del COGEP), conductas que se encuentra tipificadas en materia penal por ser

contrarias al ordenamiento jurídico, sin embargo, de la estructura de estas dos normas no penales, es que se puede inferir la existencia de la prejudicialidad del ámbito civil, para habilitar la acción penal.

En el primer caso, debe mediar la declaratoria de falsedad del documento público para poder dar paso al procesamiento penal por falsificación y uso doloso de documento falso (Art. 328 del COIP); mientras que, en el segundo escenario, debe existir previamente la determinación civil de la insolvencia respecto de un individuo en concreto, para que posteriormente se pueda ejercer la acción penal por el delito de insolvencia fraudulenta (Art. 205 del COIP).

Es decir, la sentencia de materia civil no es únicamente una solemnidad sustancial para poder iniciar la acción penal, pues, ante la falta de esta simplemente no se podrá activar el poder punitivo del Estado.

Así mismo, no se debe confundir entre la prejudicialidad y el requisito de procedibilidad, en razón de que entre ambas existe una diferencia de carácter sustancial, la primera es necesaria la existencia de una sentencia previa en otra rama del derecho, la cual solo puede ser dictada por un juez revestido de jurisdicción y competencia; mientras que, la segunda tiene más una connotación administrativa, en razón de que, una autoridad pública es la encargada de emitir una resolución o acto administrativo que determine la presunción de una posible afectación de un bien jurídico tutelado, para que así se justifique el uso del poder punitivo del Estado, el más claro ejemplo de esto es cuando, era necesaria la existencia de IRP (Informe de Responsabilidad Penal emitido por la Contraloría General del Estado, para habilitar el enjuiciamiento y sanción por el delito de peculado.

Ahora bien, volviendo al tema materia de estudio, en el ámbito de la extinción de dominio, la Ley Modelo de Sobre Extinción de Dominio, desarrollada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito “UNODC”, en su artículo 1.a), establece:

Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá como:

a. “Actividad ilícita”: Toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley. (UNODC, 2011).

De la redacción de la norma se puede determinar que, el modelo planteado por la UNODC prevé la posibilidad de que opere la extinción de dominio de un bien que tenga relación con cualquier tipo penal, sin que establezca la exigencia previa de la determinación de una sentencia condenatoria que fije su existencia material en la vía penal.

En contraposición a esta norma, la ya reformada Ley Orgánica de Extinción de Dominio, en su artículo 4.1, establece que, para poder iniciar la acción de extinción de dominio, en todos los casos es necesaria la existencia de una sentencia condenatoria emitida por la justicia penal, con la salvedad de los bienes que se encuentren plenamente identificados que son de pertenencia de uno o varios de los miembros que pertenezcan a los grupos de crimen organizado, mismos que serán identificados de manera motivada por el Consejo de Seguridad Pública y del Estado (COSEPE), o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Este escenario evidentemente, es contrario y violenta la naturaleza misma de la acción de extinción de dominio, afectándola hasta sus cimientos mismos, pues, de manera expresa se está exigiendo como requisito previo la emisión de una sentencia condenatoria en un proceso penal, que determine la existencia de una actividad ilícita y su relación directa con algún bien, para que a partir de ello tanto la Fiscalía General del Estado, como la Procuraduría General del Estado, puedan iniciar con la acción.

En palabras del autor Bernd Schünemann, el “proceso penal es la cuestión acerca de si el imputado ha cometido acciones punibles y, dado el caso, qué consecuencias jurídicas le deben ser impuestas.” (Schünemann & Roxín, 2017, pág. 239), por ende, es en esta vía donde se debe determinar la existencia material de la infracción, la responsabilidad de la persona acusada; y, de ser el caso, la imposición de una pena, sin que la decisión arribada en esta materia, pueda ni deba ser sustento o un requisito previo para la extinción de dominio.

La normativa vigente de nuestro país arremete en contra de la autonomía e independencia de la acción, convirtiéndola en una especie de comiso no penal, pero que sigue atado a la suerte del derecho penal. Ya ha quedado claramente establecido que la extinción de dominio no es una versión mejorada ni constituye el comiso penal, pues la primera no debe ser entendida como parte de la pena, ni tiene su fundamento en la misma, toda vez que, se refuta la legalidad y existencia del derecho de propiedad que ostenta el titular de un bien, a la luz de la normativa vigente, constituyendo a su vez, la consecuencia jurídica a través de la cual se erradica el derecho real por estar viciado desde su nacimiento al tener relación directa con actividades delictivas.

Evidentemente, la exigencia de este requisito previo entorpece la utilización y aplicación de la acción de extinción de dominio en nuestro país, dando paso inclusive hasta la impunidad, tomando en cuenta dos factores importantes:

- 1.- La ineficiencia de nuestro sistema de administración de justicia: No todos los juzgadores cometen actos de inconductas judiciales, ni actos de corrupción, sin embargo, es latente la existencia de corrupción dentro del poder judicial de nuestro país, por lo que evidentemente los delincuentes pueden valerse de cualquier medio para lograr la impunidad, beneficiándose de figuras legales, como el sobreseimiento o la prescripción por ejemplo.

2.- Las acciones ejecutadas: Por regla general se impone la obligación a los sujetos procesales de actuar con buena fe y lealtad procesal en el decurso de cualquier proceso judicial, sin embargo, esto en muchas ocasiones constituye únicamente un mero enunciado, al menos en materia penal, donde lo que se discute el derecho más preciado del ser humano, la libertad, pues, las personas que son sometidas al poder punitivo han demostrado en un sinnúmero de ocasiones que son capaces de hacer lo que sea, para evitar el accionar de la justicia.

Por estos motivos afirmamos que, el exigir la existencia de una sentencia condenatoria previa para habilitar el ejercicio la extinción de dominio constituye un golpe bajo a través del cual se inutiliza a esta misma institución jurídica.

Si bien el legislador a partir de la reforma de fecha 09 de febrero de 2024, ha establecido una especie de *numerus clausus*, para la procedencia de la acción de extinción de dominio sin la necesidad de sentencia condenatoria en los bienes que están relacionados con delitos perpetrados por la delincuencia organizada, no es menos cierto que se deja cerrado este escenario para los bienes fruto o medio para cometer tipos penales de corrupción, como lo son el peculado, el cohecho, la concusión, en general, aquellos que son perpetrados en contra de la administración pública.

La corrupción es un problema que siempre ha azotado a nuestra sociedad y a la región de Sudamérica en general, la cual, lastimosamente en los últimos años ha incrementado alarmantemente, muestra de ello es la existencia de un sinnúmero de procesos penales que han sido iniciados en contra de altas autoridades estatales, sin que esto sea necesario acreditarlo, pues, constituye un hecho público y notorio.

Si bien el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador contempla la posibilidad del juzgamiento en ausencia respecto de los autores de delitos en contra de la administración pública, no es menos cierto que, por regla general estas personas, al ostentar

altos cargos dentro del Estado, pueden ejercer actividades tendientes a lograr su impunidad; y, al no existir una sentencia ejecutoriada que determine su responsabilidad y la existencia del ilícito la acción de extinción de dominio no podrá ser ejecutada.

La condición se agrava aún más al existir este requisito de prejudicialidad, pues, en los casos en los que exista esta mixtura entre grupos de crimen organizado y funcionarios estatales corruptos, de acuerdo con nuestro marco normativo, únicamente podrá buscarse la extinción de dominio respecto de los bienes de los primeros, pues, para los segundos, como requisito *sine qua non* deberá existir la sentencia condenatoria para lograr la erradicación del derecho de propiedad.

Por otro lado, del mismo contenido del artículo 4.1 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, se puede observar que, para que proceda la acción como tal, los grupos criminales deben ser identificados como tal por el Consejo de Seguridad Pública y del Estado (COSEPE) o por las Naciones Unidas, por lo que, si se busca eliminar el derecho de propiedad de grupos delictivos que no han sido determinados como tal por las referidas entidades, no podrá emplearse esta institución jurídica, limitando así su campo de acción.

A efectos de dotar de legitimidad a la noción que la extinción de dominio no debe erigirse en función de cuestiones prejudiciales, es importante tomar en consideración lo que se prevé en el derecho comparado, puntualmente, cómo se trata esta institución en las legislaciones colombiana y mexicana. Ambas legislaciones se basan en la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la UNODC, misma que excluye que se tomen en cuentas cuestiones prejudiciales de cara a comenzar el proceso de extinción de dominio.

En Colombia, en el Código de Extinción de Dominio emitido bajo la Ley No. 1708, constatamos que el legislador no prevé la existencia previa de una sentencia condenatoria, pues dotan de carácter autónomo e independiente a la acción de extinción de dominio, y por tanto,

excluyen el mentado requisito de prejudicialidad; y, por su parte, en México, en la Ley Nacional de Extinción de Dominio, a más de excluirse la emisión de una sentencia condenatoria como requisito de prejudicialidad en virtud de la naturaleza de la acción de extinción de dominio, el legislador determina que la misma se ejercerá independientemente de la determinación de responsabilidad propia del Derecho Penal. Ambas legislaciones son concurrentes en excluir el mentado requisito, a efectos de garantizar que la acción de extinción de dominio sea ejercible siempre que se determine la ilicitud del negocio jurídico y la existencia del derecho real sobre determinados bienes.

Por todas estas consideraciones se puede concluir que, la exigencia de una sentencia condenatoria previa al ejercicio de la acción de extinción de dominio, a suerte de prejudicialidad, contraviene a su naturaleza de autonomía e independencia, inutilizando a esta institución jurídica, siendo ineficaz para combatir a la corrupción y crimen organizado, e inclusive convirtiéndola en parte de la misma impunidad.

6. Prescriptibilidad

Para poder entender este apartado, es necesario partir indicando qué es la prescripción, para posteriormente determinar las razones por las que esta institución jurídica no puede ser aplicable en materia de extinción de dominio.

En palabras del autor Marcelo Farfán Intriago:

La prescripción es una figura jurídica que nace en el derecho civil romano, por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones del hecho, permitiendo la extinción de las acciones o la adquisición de las cosas ajenas. (Farfán Intriago, 2008, pág. 53).

De la cita transcrita, se puede afirmar que la prescripción constituye una institución jurídica, íntimamente ligada al principio de legalidad y a la seguridad jurídica, a través de la

cual, por el decurso del tiempo, consolida un hecho concreto transformándolo en derecho, o extingue los mismos, las obligaciones, inclusive erradicando la facultad del titular de un derecho de iniciar una acción, relacionándose con el principio dispositivo

Consecuentemente, esta figura jurídica contiene una doble función, inherente a su naturaleza, por un lado, aquella que permite el reconocimiento y el nacimiento de un derecho, que por lo general está ligado al derecho civil y a la propiedad (Art. 603 del Código Civil); y, por el otro, su función erradicadora de derechos, obligaciones y de la acción (art. 2392 del Código Civil), entendida esta última como la capacidad legal que ostenta una persona para recurrir ante el sistema de administración de justicia y así dar inicio a un proceso judicial, todo esto con una característica trascendental, el decurso del tiempo.

En materia civil, el autor Wilson Andino Reinoso establece:

La prescripción como modo de adquirir el dominio opera por la posesión, el transcurso del tiempo, que al momento de proponerla conste en el certificado del registro de la propiedad que el demandado es el actual titular del dominio, cuando proviene de un origen legítimo y se lo ejerce dentro del marco de la Constitución y la ley, viene a afianzar la situación jurídica inestable y efectúa una tarea estabilizadora que busca el progreso de los pueblos y promueve y conserva la paz social. (Andino Reinoso, 2011, pág. 47).

Ahora bien, para entender mejor esta institución, abordaremos el tema desde las ramas del derecho en las que tiene mayor incidencia y relevancia jurídica, por los efectos que irradia.

a) En materia civil.

La prescripción se encuentra regulada a partir del artículo 2392 de nuestro Código Civil, norma que fija con claridad que constituye un modo de adquirir la propiedad de los bienes ajenos, o, de extinguir acciones y derechos de terceros, todo esto en razón de que los mismos

no han sido ejercidos durante cierto tiempo por sus titulares. Así mismo, la prescripción en el ámbito civil obligatoriamente debe ser solicitada, pues el juez no puede declarar su existencia de oficio, sino que debe existir de por medio una causa judicial con esta pretensión, por ejemplo, como una excepción previa.

Ahora bien, debido a lo anteriormente expuesto, y de acuerdo con la normativa vigente, tenemos que la prescripción, en el ámbito civil puede ser clasificada en dos vertientes:

1.- Por su efecto de adquirir el dominio:

En este punto, tenemos dos clases, la ordinaria y la extraordinaria, si bien en ambas es necesario la posesión pacífica del bien, el ánimo de señor y dueño; y, el transcurso del tiempo, no es menos cierto que en ambas existe una diferencia sustancial, pues, para la primera se exige el transcurso de 3 años cuando se traten de bienes muebles y de 5 años cuando se traten de bienes inmuebles, por ejemplo, la servidumbre de tránsito; mientras que, en la segunda, de manera indefectible tienen que transcurrir quince años para que se puede ejercer la pretensión que dará origen al derecho de propiedad.

Evidentemente el efecto jurídico en este escenario es que, por un lado, se erradica el derecho de propiedad del antiguo dueño del bien, por su abandono, falta de uso o descuido en el transcurso del tiempo, para a partir de la decisión judicial ejecutoriada dar origen a un nuevo derecho de carácter real que ostentara su nuevo titular.

2.- Por su efecto de erradicar acciones judiciales.

La prescripción por este efecto jurídico en cambio erradica la posibilidad de que una determinada obligación que pesa sobre un individuo en concreto pueda ser exigible por el decurso del tiempo, a través de un proceso jurisdiccional.

En este sentido se ha expresado el autor Marcelo Farfán Intriago, quien establece:

La prescripción extintiva o liberatoria priva de la posibilidad de exigir legalmente al deudor la obligación, una vez transcurrido el plazo de la prescripción. Pero si el deudor voluntariamente paga, éste es válido, porque la deuda no ha desaparecido, sino sólo la acción para exigirla. (Farfán Intriago, 2008, pág. 57).

Para el efecto y para que pueda operar esta institución jurídica de este modo, erradicando la facultad de exigir una obligación ante el poder judicial por parte del acreedor, acorde a lo previsto en el artículo 2415 del Código Civil, es necesario que transcurran cinco años para las acciones ejecutivas y diez años para las acciones ordinarias.

b) En materia penal

En el ámbito penal, la prescripción se encuentra regulada en los artículos 72.4, 75, 416.5 y 417 del Código Orgánico Integral Penal, de lo cual se puede observar que, esta institución jurídica posee función netamente extintiva por el transcurso del tiempo, operando como un limitante del poder punitivo del Estado, en el sentido de erradicar la facultad estatal de perseguir la acción, o de ejecutar la sanción dispuesta en contra de quien ha incurrido en una conducta típica.

En este sentido el autor Horacio Romero Villanueva, ha expresado:

Para nosotros se trata de un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción cuyo fundamento último reposa en el principio de la seguridad jurídica. (Romero Villanueva, 2008, pág. 9).

Evidentemente el factor común que caracteriza a la prescripción, como en el resto de las otras ramas del derecho, es el decurso del tiempo, sin embargo, en materia penal opera como el limitante del poder punitivo del Estado para evitar una persecución *ad infinitum*, para así también garantizar el juzgamiento y resolución en el plazo razonable.

Cabe señalar que, conforme lo dispuesto en los artículo 46.4, 80, 233 de la Constitución de la República del Ecuador, 16.4 y último inciso del artículo 75 del Código Orgánico Integral Penal, las acciones y la pena en los delitos referentes a graves violaciones de los derechos humanos, crímenes de guerra, agresión de estado, en contra de la administración pública y los delitos cometidos en contra de la salud sexual y reproductiva perpetrada en contra de menores de edad, tendrán el carácter de imprescriptibles, constituyendo la única excepción a la regla, por la trascendencia y gravedad de la conducta; y, por los bienes jurídicos que son tutelados a través de estos tipos penales.

Por otro lado, en el eventual caso de que dentro de una causa penal operé la prescripción, esto implica el cese de la acción penal o la imposibilidad de la ejecución de la sanción, sin embargo, en los que casos en que se declare la existencia de esta figura jurídica, si se determina que la misma surtió efectos legales por la inoperancia o por causas atribuibles al sistema de administración de justicia, los causantes pueden ser sancionados penalmente por la adecuación de su conducta a delitos como el fraude procesal; y, administrativamente, por incurrir en una de las inconductas procesales de error inexcusable, negligencia manifiesta o dolo (Art. 109.7 COFJ).

c) En materia contencioso-administrativa y contencioso-tributaria.

Al igual que en materia penal, la prescripción en estas ramas del derecho opera de manera extintiva, es decir en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la facultad disciplinaria del órgano rector se erradica por el transcurso del tiempo, limitando su posibilidad de ejercer su facultad correctiva respecto de las inconductas judiciales o de servicio público en las que pueden incurrir los agentes estatales.

Por ejemplo, en el caso del artículo 106 del Código Orgánico de la Función Judicial, siendo necesario el transcurso de mínimo 3 días hasta 5 años, dependiendo de la gravedad de la infracción que haya cometido el servidor público.

En materia contencioso-tributaria ocurre más o menos el mismo escenario, con la diferencia sustancial de que se extingue la facultad del Estado de exigir el cumplimiento de obligaciones referentes al ámbito de tributación por parte de los ciudadanos, configurándose como tal un perjuicio para las arcas estatales, tomando en cuenta que, los impuestos pagados constituyen parte del presupuesto general del Estado.

Una vez fijado lo que constituye la prescripción y sus efectos jurídicos, abordaremos la relación que tiene esta figura jurídica respecto de la extinción de dominio, en este sentido, el artículo 4 de la Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio, establece: “La extinción de dominio es imprescriptible” (UNODC, 2011).

La ley madre, por así catalogarla, estableció la necesidad de dotar a esta institución jurídica del carácter de imprescriptible, justamente por su naturaleza y por la relevancia que presenta dentro del mundo jurídico, como herramienta para combatir a la criminalidad compleja y la corrupción existente, motivo por el cual, la Asamblea Nacional de nuestro país, en el proyecto original de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, en sus artículos 4 y 14.d) busco darle esta calidad en el Ecuador.

Sin embargo, en contraposición a ella, nuestra Corte Constitucional en su dictamen No. 1-21-OP/21, específicamente desde los párrafos 39 al 57, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 4 y 14.d) del proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, por los siguientes motivos:

1.- Que entre el artículo 4 y 14.d) del ya señalado proyecto de ley existe unidad normativa, pues, el contenido y alcance respecto de la prescripción se encuentran desarrollados en la segunda norma referida.

2.- Que dotarle a la extinción de dominio de un carácter de imprescriptible, vulneraría la seguridad jurídica, en sus componentes de previsibilidad y certidumbre, en razón de que, la prescripción libera a los miembros de la sociedad de una persecución infinita por parte del Estado, así como del riesgo de sufrir un gravamen o menoscabo en sus derechos.

Además, que, considera que la condición de imprescriptibilidad limita el derecho de la seguridad jurídica, por lo que únicamente puede ser establecida por mandato expreso de la Constitución de la República del Ecuador, por normas que integren el bloque de constitucionalidad o por obligaciones estatales contraídas a través de la suscripción de tratados y convenios en materia de derechos humanos.

3.- Que eventualmente se podría vulnerar el derecho a la defensa, debido a que al ser la acción imprescriptible, la misma podría iniciarse en cualquier momento respecto de derechos que se han originado hace muchos años atrás, incrementando con ello el riesgo de errores en el ejercicio de la administración de justicia, ya sea por el desgaste natural de las posibles pruebas, o, por la inexistencia de las mismas debido al tiempo transcurrido.

4.- Que dotar de esta característica a la extinción de dominio implicaría imponer una carga excesiva en los ciudadanos de mantener documentos y pruebas que acrediten la legalidad de la obtención del bien.

Evidentemente con el dictamen emitido por la Corte Constitucional del Ecuador a través del cual se declaró la inconstitucionalidad parcial del proyecto de ley, trajo como consecuencia la sustracción de la imprescriptibilidad de la acción de la Ley Orgánica de Extinción de

Dominio, motivo por el cual, el legislador inicialmente fijó el tiempo de prescripción en 15 años (Art. 4 LOED), mismo que posteriormente sería reformado y aumentado hasta los 80 años.

En la práctica nos daremos cuenta de que, al haber fijado un tiempo límite para que opere la prescripción simplemente obligamos a los grupos criminales y a los funcionarios corruptos a que perfeccionen sus técnicas en el ocultamiento de los bienes y su patrimonio mal habido, mismos que en ocasiones cuentan con financiamiento y presupuesto infinito para lograr sus fines delictivos.

Así mismo, en el momento en que se fija un plazo de prescripción para la acción, se desconoce la esencia misma de la extinción de dominio y la nulidad ab initio (Art. 3.1.e) LOED), pues esta no constituye un castigo o una pena, sino que es la consecuencia jurídica respecto de un derecho patrimonial que desde su nacimiento estuvo viciado y es nulo, es decir, a la luz de la normativa vigente y de las buenas costumbres, jamás existió, siendo por tanto necesaria la imprescriptibilidad de la facultad de análisis y erradicación de ese “derecho” de propiedad mal habido.

Por esta misma razón es que tampoco se vulnera la seguridad jurídica, pues, si bien esta implica la imposición de normas claras y previas respecto de los derechos y obligaciones de los individuos que de conviven mancomunadamente; y, de las conductas que serán consideradas como infracciones y su correspondiente sanción, también conlleva la garantía por parte del Estado Ecuatoriano del respeto, maximización, optimización y goce de los derechos de los ciudadanos que conformamos la sociedad, siempre y cuando estos se originen en fuentes y causas lícitas, caso contrario no ameritan protección por parte del Estado.

Tampoco la declaratoria de imprescriptibilidad de la acción implicaría una vulneración del derecho a la defensa, toda vez que, las reglas de procesamiento, las garantías procesales, los principios y la presunción de buena fe, se encuentran claramente identificados y son inherentes

a esta institución jurídica, desde el inicio de la sustanciación del proceso de extinción de dominio, se presumirá la buena fe, es decir, Fiscalía y Procuraduría tienen la obligación de acreditar la ilicitud en el acto o negocio jurídico, recayendo sobre ellos la carga de la prueba en este punto.

Además que, tampoco constituirá una carga innecesaria impuesta a los ciudadanos, pues, únicamente se debe partir del razonamiento de que si un bien ha sido adquirido de manera lícita, esto es bajo las reglas y exigencias que prevé la normativa legal vigente, no podrá ser susceptible de la declaratoria de extinción de dominio, en razón de que esta institución jurídica está dirigida a erradicar los derechos de propiedad de los bienes de los miembros de grupos de crimen organizado y de los corruptos, por tanto, un ciudadano que es respetuoso de la ley no tendrá que verse envuelto en este tipo de proceso judicial.

Si bien la Corte Constitucional manifiesta que no operaría la legalización de derechos de propiedad mal habidos por el decurso del tiempo, no es menos cierto que, en el ejercicio diario es lo que sucedería, toda vez que, al no poder ejercerse la acción por la prescripción, el derecho real subsistente sigue siendo contrario a la ley.

Por estas razones, al plantearse en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio un tiempo límite para que opere la prescripción, se está limitando la facultad del Estado de revisar la licitud de un derecho patrimonial mal habido, menoscabando así la lucha contra la corrupción y el crimen organizado; y, conminando a las autoridades de control y jurisdiccionales a emplear otras instituciones jurídicas como el comiso penal, que dicho sea de paso, no es eficaz para cumplir con esta finalidad por sus intrínsecas limitaciones legales ya revisadas.

7. Retrospectividad

En este punto vale iniciar indicando que, en materia de extinción de dominio existe la confusión entre la retroactividad de la ley y la retrospectividad, pero para poder abordar este tema, previamente es necesario que se realicen ciertas consideraciones previas.

En nuestra Constitución, existen un grupo de garantías básicas del debido proceso, las mismas que tienen esta calidad en razón de que constituyen los postulados mínimos que deben ser aplicados por las autoridades administrativas y jurisdiccionales en la sustanciación de cualquier tipo de proceso instaurado en contra una persona, pues con ello evidentemente se limita el poder del Estado, se evita la arbitrariedad por parte de la autoridad pública en las decisiones que adopta; y, se consigue la seguridad jurídica.

A estas garantías básicas del debido proceso, se las conoce también como principios, los cuales se encuentran contemplados en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y en nuestra normativa legal vigente, constituyendo mandatos de optimización que buscan hacer más justo a cualquier proceso judicial.

Uno de estos principios básicos es el de legalidad, mismo que implica la tipificación previa, clara y precisa de aquellas conductas que serán catalogadas como delitos o contrarias a la ley, además que, se debe fijar con anterioridad la sanción que se impondrá, la forma de procesamiento; y, la autoridad que será la competente para el efecto, lo cual maximiza el principio de *nulla pena nullum crimen sine lege*; y, materializa también la seguridad jurídica.

El principio de legalidad está compuesto de tres exigencias las cuales son: Lex Scripta, Lex Stricta y Lex Previa, sin embargo, para efectos del presente trabajo, únicamente nos centraremos en el análisis de la última exigencia, pues esta tiene que ver directamente con la irretroactividad de la Ley, lo cual encuentra sustento en que esta sólo dispone para lo venidero.

Sin embargo, no está prohibida la aplicación retroactiva de la norma, siempre y cuando sea más favorable para la persona que está sometida al poder punitivo del estado.

Pero bien, entonces ¿qué es la retroactividad de la ley?, en palabras del autor José María Suárez Collía, se constituye:

En una sucesión temporal de leyes, la aplicación de la norma jurídica nueva, a supuestos de hecho, actos, relaciones y/o situaciones jurídicas nacidas o constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que tuvieron su origen bajo el imperio de otra norma derogada. (Suárez Collía, 2005, pág. 11).

Por su parte la autora Carmen Valero Fernández, ha sostenido que:

Supone la invasión de la ley nueva en la vigencia de la ley antigua, que ordena para el futuro efectos jurídicos de hechos pasados, como si la ley antigua no hubiera estado en vigor y en su lugar hubiera estado vigente la nueva ley. Es la verdadera retroactividad. (Valero Fernández, 2017, pág. 124).

De las citas transcritas, se puede inferir que, la retroactividad de la ley constituye la aplicación de una norma posterior respecto de hechos y circunstancias acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor; y, que se encontraban reguladas bajo un ordenamiento jurídico distinto. Sin embargo, los administradores de justicia no pueden aplicar de manera indiscriminada uno u otro cuerpo normativo, sino que, para que pueda ser tomada en cuenta la retroactividad de la ley, de manera indefectible deben concurrir dos elementos:

1.- La colisión entre dos cuerpos normativos (ley nueva y antigua), mismos que deberán regular el mismo hecho o circunstancia fáctica; y,

2.- Que la ley posterior le sea más favorable o benigna a la persona procesada, ya sea por la sanción que contiene, por la destipificación de la conducta o por la variación de la descripción típica.

Una vez delimitado que es lo que constituye la retroactividad de la ley y como opera, abordaremos lo que constituye la retrospectividad, en palabras del autor Gilmar Santander:

Es su intemporalidad, pues es precisamente esta discusión sobre la validez del acto jurídico la que ha permitido precisar los alcances de este instituto en el tiempo, pues, de una parte, traslada al campo de la extinción de dominio una valoración que solo estaba reservada al juez civil: revisar la validez del acto jurídico que en apariencia constituye el derecho; por lo cual, el problema de la licitud de la causa y el objeto de un acto jurídico, dejan de ser un asunto reservado solo a los conflictos que surgen entre particulares, y por razones de seguridad y orden público, se otorga legitimación al Estado. (Santander Abril, 2018, pág. 194).

Consecuentemente, la retrospectividad puede ser entendida como, un fenómeno jurídico de atemporalidad o intemporalidad de la Ley que se presenta cuando, el juzgador aplica determinada norma vigente en la actualidad a situaciones y hechos concretos que tienen el carácter de previos a su promulgación, mismos que, si bien se encontraban regulados por otra norma previa, no constituyen efectos jurídicos consolidados.

En materia de extinción de dominio, hablamos de la retrospectividad de la ley, en el sentido de que el Estado, como titular de acción que busca erradicar el derecho de propiedad, entiende que este es nulo *ab initio*, pues el negocio jurídico con el que se buscaba dar vida a este derecho patrimonial, está viciado por la falta de causa u objeto lícito, por los vínculos del objeto con el crimen organizado o la corrupción.

Además que, la aplicación retrospectiva de la Ley encuentra también sustento en que la extinción de dominio no constituye una sanción o una pena, las cuales son propias del derecho penal o del derecho administrativo sancionador.

Por tanto, es clara la diferencia entre la retroactividad y la retrospectividad de la ley, pues, para que la primera pueda ser aplicable tiene que existir la colisión entre dos normas con

entrada en vigor en espacios temporales distintos, además que, debe ser la ley posterior más benigna para el procesado; mientras que, la segunda opera respecto de situaciones y derechos que no han sido consolidados; y, el objeto de análisis son derechos que padecen de nulidad desde su nacimiento.

Una vez realizada esta diferenciación, cabe efectuar un análisis de la retrospectividad a la luz de la normativa de nuestro país, remitiéndonos por tanto, al dictamen No. 1-21-OP/21 emitido por la Corte Constitucional del Ecuador y la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.

La Corte Constitucional del Ecuador, entre los párrafos 58 al 71 del referido dictamen, estableció las razones por las que procedió a declarar la inconstitucionalidad del artículo 14.c) del proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, en conexidad con el artículo 4 *ibidem*, arguyendo en lo principal:

1.- Que la seguridad jurídica se fundamenta en la existencia de normas jurídicas previas, mismas que están orientadas a regular situaciones posteriores a su entrada en vigor.

2.- Que la irretroactividad de la ley otorga a los miembros de la sociedad previsibilidad respecto de las reglas que regulan su conducta, para que así estas puedan adecuar su comportamiento a las normas vigentes, además que conforme lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos está prohibida la irretroactividad desfavorable. Mientras que, la retroactividad de la Ley es de carácter excepcional, pues, si se permitiera una aplicación indiscriminada de esta se anularía totalmente la seguridad jurídica.

3.- Que en el caso del principio de retrospectividad contenido en el artículo 14.c) del proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, si bien la acción tiene naturaleza patrimonial, al resolverse la misma se erradicarán derechos reales, los cuales tienen un titular, por lo que constituye una sanción de carácter patrimonial sobre una persona.

4.- Que por la definición de retrospectividad contenida en el proyecto de ley no es tal, sino que constituye una retroactividad ilimitada, a través de la cual, so pretexto del principio de nulidad de origen se puede dar paso a una persecución y sanción infinita al pasado; y, al futuro del derecho de propiedad de los ecuatorianos.

Estos fueron los argumentos a través de los cuales la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad del proyecto de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, mismos que, si bien responden a la interpretación de normas de carácter constitucional respecto de derechos y garantías inherentes a los miembros de la sociedad, no responden a la necesidad social y a la realidad que actualmente vive nuestro país; e inclusive confunde instituciones jurídicas cuyas reglas de aplicación y efectos, son totalmente distintos.

Así pues, se puede observar que califican a la extinción de dominio como una sanción de carácter patrimonial que menoscaba los derechos de sus titulares, sin embargo, esta postura es errada, toda vez que, como ya se ha señalado, esta figura jurídica no constituye ni sanción, ni pena, mucho menos se funda en ella, por cuanto implica una consecuencia jurídica respecto de un derecho real que adolece de nulidad de nacimiento, por tanto no ostenta la calidad de derecho ni puede ser considerado ni protegido como tal por el Estado.

Así mismo, se determina que la retrospectividad es equivalente a la retroactividad infinita, lo cual es errado, pues la retroactividad de la ley opera por la colisión de dos normas que regulan un mismo hecho, contemplando dos sanciones diametralmente distintas, motivo por el cual, en ejercicio del principio de favorabilidad, se aplicará al infractor la norma más benigna, siendo por ello una institución inherente al derecho penal y al derecho administrativo sancionador.

Mientras que, la retrospectividad encuentra sustento en la naturaleza civil de la acción de extinción de dominio, permitiendo el análisis de la legalidad del negocio jurídico que buscó

dar vida al derecho real verificando su licitud en cuanto a la causa u objeto lícito, por lo que al verificarse la concurrencia de alguna o varias de las causales contenidas en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, se podrá erradicar este mal habido derecho.

8. Conclusiones.

1.- La extinción de dominio es una institución jurídica que fue creada con la finalidad de combatir la criminalidad compleja y la corrupción, conductas criminales que lamentablemente en nuestro país y el mundo; y, a raíz de la globalización, han tomado vital relevancia, convirtiéndose en un problema de seguridad mundial, pues ningún país está exento de ellas.

2.- La extinción de dominio tiene una naturaleza de carácter patrimonial, jurisdiccional, multidisciplinaria, autónoma e independiente, mismas que dotan a la acción de una cualidad especial frente a las otras formas de perder el derecho a la propiedad que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Esta institución jurídica, bajo ningún concepto debe estar limitada por un requisito de prejudicialidad, pues con ello se la está desnaturalizando, contraviniéndose directamente su naturaleza de autonomía e independencia, pues, con la exigencia previa de una calificación jurídica a través de sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, se le está tratando de dar la suerte del comiso penal, imponiéndole sus mismas limitaciones.

4.- La extinción de dominio, debe ser imprescriptible, pues, esta no constituye una pena, sino que es la consecuencia jurídica respecto de un derecho patrimonial que desde su nacimiento estuvo viciado y es nulo. Con la fijación de un tiempo límite para ejercer la acción por parte del Estado, se menoscaba la lucha contra el crimen organizado, conminando a los administradores de justicia a emplear instituciones jurídicas como el comiso penal, que dicho sea de paso y por lo manifestado previamente, es obsoleto, por estar atado la suerte del proceso penal.

5.- Es necesario se implemente la retrospectividad de la extinción de dominio, pues esto no implica la retroactividad de la ley, sino la atemporalidad de esta, pues esta no atenta contra la legalidad y seguridad jurídica, ya que estas instituciones buscan proteger derechos legalmente reconocidos. En el caso de la extinción de dominio, se analiza un derecho a la propiedad que desde su nacimiento es nulo; y, por tanto, no amerita ningún tipo de protección.

6.- Si bien la extinción de dominio tiene íntima relación y naturaleza civil, administrativa y penal, no se le puede atribuir su pertenencia a ninguna de estas ramas de derecho, debido a que esta institución jurídica cuenta con sus propias normas de regulación, principios y figuras jurídicas que legitiman y restringen su campo de acción.

7.- La Ley Orgánica de Extinción de Dominio que se encuentra vigente en la actualidad, si bien ha establecido un tiempo de prescripción de 80 años y la posibilidad de ejercer la acción sin la existencia de una sentencia condenatoria previa, cuando los bienes tengan relación con el crimen organizado, no es menos cierto que esto resulta insuficiente para la realidad que actualmente vive el Ecuador, pues somos un país que está plagado por la corrupción y el crimen organizado, conductas desviadas que en lugar de ir disminuyendo, se siguen expandiendo como un cáncer en etapa terminal, todo esto como resultado de las acciones fallidas e inoperancia para controlar estos comportamientos delictivos.

8.- La Corte Constitucional con su dictamen desnaturalizó a la acción de extinción de dominio, limitando su campo de acción y el control que eventualmente el Estado pudo ejecutar, todo esto en aras de combatir a la criminalidad compleja y la corrupción, para así precautelar la seguridad social y el bienestar común.

9.- Por estos motivos es que es urgente una reforma, o en su defecto se busque la promulgación de una nueva Ley de Extinción de Dominio, la cual, si contenga los elementos de independencia, no prejudicialidad, retrospectividad e imprescriptibilidad, para poder hacer

frente de manera efectiva a este fenómeno criminal de carácter mundial, caso contrario, si nos mantenemos como Estado con la actual Ley, la extinción de dominio seguirá la misma suerte que el comiso penal.

10.- Cabe señalar que, si bien en la consulta popular de fecha 21 de abril de 2024, le pregunta K) se estableció la posibilidad de la reforma a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, simplificando su procedimiento, sin embargo, hasta la presente fecha el Presidente de la República no ha enviado este proyecto de ley para que sea tratado por la Asamblea Nacional.

Bibliografía

- Andino Reinoso, W. (2011). *La prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio en el sistema oral*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2005). *Código Civil*. Quito, Ecuador.
- Bazdresch, L. (2005). *EL Juicio de Amparo curso general*. México: Trillas.
- Brugi, B. (2018). *Instituciones de derecho civil*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez Vs. Ecuador*. San José de Costa Rica: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. San José de Costa Rica.
- Couture, E. (1978). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- De Llerena Suárez, E. (2008). *"La prejudicialidad", en el Manual de Organización Judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Dugüit, L. (1920). *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Librería española y extranjera.
- Esteve Pardo, J. (2019). *Lecciones de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Farfán Intriago, M. (2008). *Caducidad y Prescripción*. Portoviejo: Gráficas Ramírez.
- Filomena, D. (2020). *El proceso de extinción de dominio*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Quito: Latitud Cero Editores.
- Gómez de Mercado, G. (2007). *Gestión de la Expropiación Forzosa*. Granada: Editorial COMARES.
- Grupo de Acción Financiera Internacional. (2010). *Documento guía de GAFI, Mejores practicas. Confiscación*. GAFI.
- Larrea Holguin, J. (1995). *Derecho Civil del Ecuador: Derechos Reales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marroquín Zaleta, J. (2010). *Extinción de dominio*. México: Editorial Porrúa.
- Mir Puig, S. (1976). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Oyarte, R. (2015). *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Parejo Alfonso, L. (2014). *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Prieto-Castro, L. (1955). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Librería General.
- Rodríguez Piñeres, E. (1973). *Derecho Usual*. Bogotá: Temis .
- Romero Villanueva, H. (2008). *La prescripción penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* . Madrid: Editorial Civitas.
- Sánchez Morón, M. (2021). *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: TECNOS.
- Santander Abril, G. G. (2018). *Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamentos de las Causales Extintivas [Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás]*. Repositorio Digital, Bogotá. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11634/13246>
- Schünemann, B., & Roxín, C. (2017). *Derecho Procesal Penal*. Munich: Editorial Beck.
- Suárez Collía, J. M. (2005). *La retroactividad: Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*. Madrid: Edita Centro de Estudios Ramón Areces.
- UNODC. (2011). *Ley Modelo sobre Extinción de Dominio* . Estados Unidos.
- Vaca Andrade, R. (2020). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo I*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Valero Fernández, C. (2017). *El problema de la retroactividad de las leyes penales [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]*. Repositorio institucional. Obtenido de <https://hdl.handle.net/20.500.14352/21717>
- Velásquez Jaramillo, L. (2000). *Bienes 8va. Edición*. Bogota: Temis.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Medellín: Editorial Comlibros.