La recuperación de bienes ilícitos como estrategia contra la delincuencia organizada

Por Manuel Ulises Bonnelly Vega*

1. ¿POR QUÉ EL ESTADO DEBE RECUPERAR BIENES DE ORIGEN ILÍCITO?

La delincuencia organizada se define como *“la actividad de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la... Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional... y con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*.

Los grupos que se organizan para cometer crímenes son verdaderas empresas que, aunque ilícitas, constituyen un negocio bastante lucrativo. Por eso, combatir de modo efectivo este tipo de organizaciones requiere de estrategias que tiendan a atacar su objeto mismo, su razón de ser, es decir, su estilo de vida y su economía. Y qué mejor forma que disponer de un instrumento que permita la rápida y efectiva recuperación de los bienes fruto del delito.

En sentido pragmático, son múltiples las razones que apuntan a justificar el establecimiento del decomiso de bienes ilícitos a favor del Estado.

* Licenciado en Derecho PUCMM, 1994. Magister en Derecho Societario y Comercial PUCMM, 1998. Doctor en Derecho. Orientación Penal, Universidad de Buenos Aires, 2010. Ha sido profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra por 20 años. Fue juez penal por 15 años. Actualmente se dedica al ejercicio profesional.

1 Artículo 2 letra a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Palermo el 15 de noviembre de 2000.

Así, por ejemplo, con el decomiso se lleva la idea de que nadie puede beneficiarse por la comisión de un delito. Se trata de asegurar que se cumpla con la vieja idea de que el “crimen no paga”, quitando a los delincuentes las ganancias mal habidas.

El decomiso también constituye un medio eficiente para lograr que el Estado no tenga necesidad de crear impuestos o aumentarlos, pues el ingreso de estos bienes al patrimonio estatal asegura un importante flujo de ganancias, con casi ninguna inversión.

Del mismo modo, es un medio que haría del país un lugar menos atractivo para la delincuencia transnacional, pues se espera que ningún criminal cometa su delito en un lugar donde puede “quebrar su negocio” tan fácilmente.

Igualmente, con el decomiso se persigue desarticular las organizaciones criminales existentes y evita el surgimiento de nuevas empresas ilícitas, pues al quedarse sin fondos para operar, el “negocio” sencillamente fracasa.

Por otro lado, esta herramienta contribuye a disminuir la evasión de la ley, pues los delincuentes que suelen utilizar los bienes obtenidos ilícitamente para agenciarse el apoyo y tolerancia de los círculos de poder, no tendrían cómo hacerlo.

La recuperación de bienes ilícitos constituye, además, un método de prevención general que procura disuadir a las personas que hayan pensado en el crimen como opción de vida, toda vez que, al comprobar que el camino del crimen no genera ganancias, preferirían no optar por éste.

Por otra parte, esta estrategia contribuye a sanear todos los mercados, ya que el flujo de capital ilícito permite que los criminales obtengan mayores beneficios que aquellos que trabajan con capital legítimo, quienes se ven obligados a pagar impuestos, buscar financiamientos y disponer de sólidas garantías, entre otras importantes obligaciones y requisitos.

Sin duda, desde el punto de vista macroeconómico, un combate a la actividad delictiva y la incautación de sus bienes tiene que propiciar una mejor competitividad en los mercados, al excluirse de estos a los agentes económicos que los contaminan.

Todas estas razones revelan que la recuperación de bienes ilícitos constituye una medida eficaz en el combate del delito, por

demás útil, conveniente y lucrativa. Un método que, obviamente, proporciona al Estado más ganancias que pérdidas.

2. ORIGEN DEL DECOMISO CIVIL O DECOMISO SIN CONDENA PENAL

La idea de recuperar bienes como estrategia para la persecución de ciertos delitos es relativamente nueva. Ciertamente es que en muchos países se disponía de instrumentos eficaces a tal fin, pero el tema alcanza carácter global a partir de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada por la ONU en el año 2003.

La principal inspiración para dicha iniciativa surge a partir de las dificultades en ciertos casos de corrupción cometidos por algunos gobernantes, cuyos procesos penales fueron evadidos, se vieron estancados o se hicieron imposibles, gracias a una serie de circunstancias que no necesitamos enumerar en este momento.

De ahí que la referida convención creó un marco que fija mayor atención a la persecución de los bienes ilícitos que a la imposición de una pena y que sirve de base para la implementación del llamado "*decomiso sin condena penal*", el cual permite rescatar rápidamente el producto o beneficio del delito.

Este modelo de recuperación, regido por las reglas del Derecho Civil, tiene el objetivo de restituir la propiedad de estos bienes a favor del Estado, cuya legitimidad de acción constituye un principio fundamental enarbolado por la ya mencionada convención², la cual se inspira en su deber de búsqueda del bien común y de protección del interés público.

La Constitución dominicana, en su artículo 51.5 ha sentado las bases para el diseño de una ley interna que permita "...*el decomiso, mediante sentencia definitiva...*", de aquellos bienes "... *que tengan su origen en actos ilícitos...*". Los juicios de extinción de dominio son uno de los modelos posibles para concretar este objetivo.

3. EL JUICIO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Luego de enumerar los casos en que es posible decomisar

2. Capítulo V de la Convención Internacional sobre Corrupción elaborada por la ONU en el año 2003.

bienes por su naturaleza ilícita³, la Constitución dominicana dispone que por ley deba establecerse “*el régimen de administración y disposición de bienes incautados y abandonados en los procesos penales y en los juicios de extinción de dominio, previstos en el ordenamiento jurídico*”⁴. Pero, ¿qué son los llamados “*Juicios de Extinción de Dominio*”?

El término “*dominio*” o más bien el “*derecho de dominio*” es el utilizado en todos los países que han seguido la legislación civil española para designar lo que nosotros conocemos como “*derecho de propiedad*”. Por ello, cuando en tales países se habla de “*extinción del dominio*” aluden a la posibilidad de revocar, quitar o “*extinguir*” el derecho de propiedad.

En nuestra tradición jurídica, empero, el término resulta totalmente extraño. Por ello, lo correcto sería que un procedimiento de este tipo, entre nosotros, se denomine “*extinción o revocación del derecho de propiedad*” o con algún término similar. No obstante, tomando en cuenta que nuestra Constitución así lo ha designado (art. 51.6), el término “*extinción de dominio*” será de uso obligado, aunque nada impide que el legislador, al elaborar la normativa que regule dicho procedimiento, utilice una acepción que lo acompañe de manera tal que mantenga armonía con nuestra tradición jurídica.

En concreto, el procedimiento de extinción de dominio consiste en la celebración de un juicio, regido por las reglas del Derecho Civil, mediante el cual se juzga el derecho de propiedad y no la culpabilidad personal derivada de la comisión de un hecho ilícito sancionado penalmente. La finalidad de este juicio es la de determinar el carácter ilegítimo de la propiedad, sobre la base de la ilicitud del bien, considerado o reputado como tal por su naturaleza, origen o destino.

Como no se trata de un juicio penal, sino del cuestionamiento del derecho de propiedad, la ley permite el establecimiento de presunciones legales de “*culpabilidad de la cosa*”⁵, que obligan a quien pretende defender un derecho sobre el bien perseguido, a establecer pruebas que tiendan a destruir tal presunción. Se trata, ciertamente,

3. Artículo 51.5 de la Constitución dominicana.

4. Artículo 51.6 de la Constitución dominicana

5. Se utiliza este concepto a manera de símil.

de una inversión de la carga probatoria que no presenta problema alguno, ya que ello solamente se encuentra vedado para los juicios penales.

En tanto es una acción patrimonial, tampoco se encuentra vinculada con el principio de responsabilidad personal –*propia del proceso penal*– y, por tanto, se ejerce *in rem* contra los bienes considerados como ilícitos por su naturaleza, origen o destino, sin importar en manos de quién se encuentren los mismos ni en qué calidad los posean.

Obviamente, como este procedimiento afecta el derecho de propiedad, constitucionalmente reconocido, se encuentra sometido al escrutinio jurisdiccional, que culminaría, en caso de que se identificaran como ilícitos, con la declaración, mediante sentencia definitiva, de la titularidad de los bienes en favor del Estado.

3.1 ¿Qué significa el término “sentencia definitiva” en éste ámbito?

Como hemos dicho, la posibilidad de confiscación o decomiso de los bienes de origen ilícito encuentra su fundamento en lo establecido por el artículo 51.5 de la Constitución Política Dominicana, que exige una “*sentencia definitiva*”, como requisito previo a la confiscación. Pero, ¿qué tipo de sentencia definitiva será la requerida por el texto constitucional?

Para responder la pregunta es necesario que hagamos un análisis de ciertas figuras que se mencionan en el texto constitucional que nos ayudarían a contextualizar la respuesta; en especial resulta útil la distinción entre confiscación y decomiso.

Jurídicamente éstas son dos figuras similares, aunque con características propias. En casi toda la doctrina jurídica universal la confiscación (*en su sentido lato*) consiste en la apropiación (total o parcialmente) por parte del Estado, de los bienes de una persona, sin título legítimo y sin contraprestación. Por otro lado, el decomiso es una sanción que se impone como consecuencia de la violación a la ley penal, por el incumplimiento de obligaciones de hacer a cargo de los ciudadanos o porque dichos bienes se han utilizado como instrumento para la comisión de un delito o infracción o constituyen el fruto de tales actos ilícitos o representan por sí mismos un peligro para la sociedad.

Aun cuando el texto analizado refiere al decomiso, el mismo es prácticamente ajeno a nuestro Derecho Penal tradicional que, siguiendo la legislación francesa, ha distinguido entre confiscación general y confiscación especial. En tal sentido, la confiscación general es aquella que surte los mismos efectos atribuidos por la doctrina universal a la confiscación en sentido lato, mientras que la confiscación especial resultaría equivalente a lo que, universalmente, se entiende como decomiso.

La confiscación general de bienes nunca fue establecida en nuestro Código Penal, toda vez que cuando este fue adoptado, dicha figura había sido abolida del Código Penal Francés que sirvió de modelo a nuestro legislador. Sin embargo, en el año 1962 fueron promulgadas sendas leyes que proclamaron la confiscación de bienes⁶.

Además, los efectos de la confiscación general han sido proscritos desde el primer texto constitucional dominicano⁷ y se ha mantenido de esa manera hasta el día de hoy⁸. En igual sentido, siempre ha existido esta prohibición en el artículo 35 del Código Penal. Ello obedece al repudio de esta figura, que siempre tuvo connotación política y que fue utilizada por los gobernantes, desde el Imperio Romano, como una manera de reprimir a los enemigos del gobierno.

Empero, la confiscación especial de bienes, *equivalente al decomiso*, figura en el artículo 11 del Código Penal. Leoncio Ramos, en su libro *Notas de Derecho Penal Dominicano* la define como aquella que “*va dirigida a ciertos y determinados bienes, pertenecan o no al inculpado; tales como las cosas llamadas el cuerpo del delito, el producto del delito o las que han servido como medios o instrumentos para cometer la infracción*”⁹. Esta confiscación sólo es imponible como pena y en aquellos casos estrictamente señalados por la ley, lo que quiere decir que, en aquellos casos en

6 La ley 5785 y la ley 5924. Estas leyes obedecieron a una situación muy particular: la recuperación de los bienes distraídos al Estado por el dictador Rafael Leonidas Trujillo, sus familiares y adeptos.

7 Artículo 20 de la Constitución del 6 de Noviembre de 1844.

8 Artículo 51.5 de la Constitución del 26 de Enero de 2010.

9. Ramos, Leoncio. *Notas de Derecho Penal Dominicano*. Editora Punto Mágico. Santo Domingo, República Dominicana. 2002, p. 385 y 386.

que la ley no ordene la confiscación, de manera expresa, no es posible pronunciarla ni imponerla¹⁰.

El carácter de pena de la confiscación, atribuido por el artículo 11 del Código Penal, trae como consecuencia que ella depende de un juicio penal con todas sus reglas (*debido proceso, personalidad de las penas, presunción de inocencia, etc.*) y con todas sus consecuencias.

Sin embargo, la confiscación a que se refiere el artículo 51.4 de la Constitución no es únicamente la regulada por el Código Penal, aunque esta última también se encuentra sometida al marco constitucional de dicho texto.

El texto constitucional analizado ha extendido la posibilidad de la confiscación más allá de la simple sanción resultante de la declaración de culpabilidad en un juicio penal y ha autorizado confiscar de aquellos bienes que simplemente guarden relación o se encuentren vinculados a un ilícito por su origen, uso o destino.

Cierto es que esta confiscación debe ser el resultado del escrutinio judicial, ya que se exige como condición, la existencia de una sentencia definitiva que la ordene. No obstante, esta sentencia no es de la misma naturaleza de la exigida por el artículo 69.3 de la propia constitución, como requisito para destruir la presunción de inocencia de los ciudadanos sometidos a juicio penal.

La sentencia a la que se refiere el artículo 51.4 sería aquella rendida en el marco de un juicio al derecho de propiedad, distinto al juicio que por responsabilidad penal podría llevarse en contra del dueño o poseedor del bien, quien siempre deberá ser condenado mediante la sentencia irrevocable exigida por el artículo 69.3.

Es evidente que en un juicio penal también podría tener lugar la confiscación que puede ser pronunciada, concomitantemente, a la sentencia de culpabilidad, todo ello como consecuencia de las disposiciones combinadas de los artículos 51.4 y 69.3 de la Constitución, así como el artículo 11 del Código Penal. Se trataría, en ese caso, de la confiscación tradicional.

El juicio al derecho de propiedad, referido por el artículo 51.4,

10. En este sentido véase lo establecido por jurisprudencia constante y reiterada. Vide SCJ 31 de octubre de 1955 B.J 543. p. 2289, SCJ 7 de septiembre de 1956 B.J 554, p. 1887 y SCJ 2 de marzo de 1959 B.J 584, p. 2017.

es autónomo e independiente de cualquier otro –incluso del juicio penal– por cuanto persigue únicamente extinguir o revocar el derecho de propiedad y, por tanto, recuperar los bienes considerados o reputados como ilícitos.

Lo anterior resulta mejor entendido si examinamos las disposiciones del artículo 51.6, que establece la figura de la extinción de dominio, cuyo carácter distintivo elemental es la celebración de un juicio al derecho de propiedad mediante el cual, establecida la presunción de ilicitud del bien, quien pretenda defenderlo se verá forzado a probar que tal presunción no existe, so pena de que se ordene su confiscación.

Se trata, pues, de una acción jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial más cercano al Derecho Civil que al Derecho Penal.

4. LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y LOS JUICIOS DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

Tomando en cuenta que el proceso de extinción de dominio tiende a limitar un derecho constitucionalmente reconocido, la ley que lo regule, debe someterlo a ciertos principios de carácter superior. En consecuencia, debe ceñirse a los principios y garantías consagradas por la Constitución ya que, de lo contrario, se estaría violentando el principio de superioridad consagrado por el artículo 6 de la propia Carta Sustantiva¹¹.

Tales derechos conforman lo que se denomina como debido proceso de ley que, como ha dicho la jurisprudencia, es de aplicación en todo caso, siempre que las reglas que lo conforman sean compatibles con la materia de que se trata¹².

Los países donde se han puesto en vigor herramientas de este tipo son varios. Entre ellos podemos mencionar a Irlanda, Reino Unido, Canadá, Australia, Filipinas, Fiyi, Sudáfrica, Antigua y

11. El artículo 6 de la Constitución Dominicana dispone: "...Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución".

12. La Resolución 1920 del 13 de noviembre del 2003 dictada por la Suprema Corte de Justicia señaló, entre otras cosas que: ".....estas garantías son reglas mínimas que deben ser observadas no sólo en los procesos penales, sino, además, en los que conciernen a la determinación de los derechos u obligaciones de orden civil, laboral, administrativo, fiscal, disciplinario o de cualquier otro carácter siempre que estas sean compatibles con la materia de que se trata."

Barbuda, Serbia y Bulgaria. En Latinoamérica, existe legislación al respecto en Colombia, Guatemala, Honduras, México y Perú¹³.

En muchos de esos países ha sido amplia la discusión que a nivel doctrinal y jurisprudencial ha tenido lugar en ocasión de la aprobación y aplicación de este tipo de normativa. En todas las discusiones y críticas han girado en torno a la posible afectación a derechos constitucionalmente reconocidos.

De hecho, muchos tribunales y cortes constitucionales, han tenido la oportunidad de examinar varios de estos textos, con miras a determinar su validez constitucional.

Examinaremos cuáles son los principales aspectos que han generado toda clase de discusión en el ámbito de la confiscación civil, exponiendo cuáles son las soluciones que debería tener en cuenta la ley, para cada uno de estos supuestos.

4.1 La exigencia de notificar al propietario o poseedor del bien

Si el Estado pretende confiscar civilmente un bien, aunque este sea ilícito, debe tener en cuenta que el mismo tiene un propietario, un detentador o un poseedor. Con el fin de asegurar el derecho de defensa de todos ellos y con el propósito de evitar que se ejecute una medida injusta, estos tienen derecho a que el decomiso sea el resultado de lo decidido por un juez.

Tomando en cuenta que el derecho de propiedad se encuentra constitucionalmente protegido¹⁴, toda potencial desapropiación debe ser tutelada en los términos establecidos por la Constitución dominicana. En efecto, ningún derecho puede serle arrebatado a un ciudadano sin que éste pueda procurar su tutela efectiva.

Por tal razón, el procedimiento que se organice para regular la confiscación civil debería contemplar la obligación de notificar al propietario, al detentador o poseedor del bien, así como a cualquier

-
13. En los países del Common Law esta herramienta es conocida como Asset forfeiture, mientras que en los demás países se conoce indistintamente como Extinción del Dominio, Pérdida del Dominio, confiscación o Decomiso Civil y Decomiso sin condena penal, entre otros.
 14. En el caso de la República Dominicana, el artículo 51 de la Constitución dispone: "El Estado reconoce y garantiza el derecho de propiedad. La propiedad tiene una función social que implica obligaciones. Toda persona tiene derecho al goce, disfrute y disposición de sus bienes."

tercero que pudiera tener interés legítimo, con la finalidad de que aquellos puedan tener la oportunidad de acudir a todos los actos del procedimiento y presentar allí las pruebas y argumentos que interesen a la tutela de su derecho de propiedad.

El juicio puede tener lugar, sin embargo, aún con la ausencia de la persona cuyos derechos estarían sujetos a discusión. No obstante, tal posibilidad se encuentra sometida al requisito de que a esa persona se le ponga en condiciones de optar por acudir o no al juicio, estando debidamente enterada de todo cuanto acontece en el procedimiento dirigido en contra de su derecho.

Así, debe asegurarse que sean notificadas todas las medidas dictadas¹⁵, en razón de un procedimiento de confiscación civil e implementarse un sistema especial de publicidad para hacerla oponible a los terceros como la disponga la ley¹⁶.

4.2 La protección de derecho de los terceros

En el curso de una acción de extinción de dominio pueden verse afectados, no sólo los derechos del propietario o poseedor del bien perseguido, sino que también de otras personas.

Con el fin de asegurar la debida protección de los derechos de estos terceros —que nada han tenido que ver con la actividad ilícita y que pudieran verse perjudicado por el decomiso civil de ciertos bienes— es necesario que se tomen algunas previsiones.

A manera de ejemplo pensemos en el caso del dueño de un yate o de un automóvil que lo alquila a una persona y ésta lo utiliza para consumir o traficar con drogas o el caso de un señor que se dedica, a espaldas de su esposa, a vender drogas utilizando el automóvil o la casa de su mujer. O el padre de familia que se dedica a actividades ilícitas, utilizando la casa familiar y aunque su familia conoce y desapruueba estas actividades ilícitas, no se atreve a ponerlo en conocimiento de las autoridades —*aún a sabiendas de*

15. Tanto las medidas que se hayan ordenado provisionalmente como las de carácter definitivo.

16. Así, por ejemplo, el inicio de un procedimiento de confiscación civil sobre inmuebles debería ser publicado en la oficina de Registro de Títulos correspondiente o en la Conservaduría de Hipotecas del lugar, con lo cual se asegura hacerlo oponible a todos los terceros y cuando se trate de un vehículo de motor, la medida debería ser notificada a la Dirección General de Impuestos Internos. Si se trata de fondos depositados en efectivo, debería notificarse a la persona física o jurídica que lo tenga en sus manos para que ésta se abstenga de entregarlos sin previa autorización del tribunal.

que podrían perder la casa de todos— porque se encuentran sometidos a un régimen de opresión y temor por parte del padre.

En fin, que pueden verificarse una serie de situaciones en las que el decomiso civil, aún legalmente justificado, puede traducirse en un verdadero acto de injusticia.

Situaciones como estas generaron acres críticas en muchos países durante los años en que inició la aplicación de este tipo de normativa¹⁷. Estas críticas llevaron, por ejemplo, a que la Suprema Corte de los Estados Unidos en el año 1974, reconociera los derechos de terceros inocentes en los procesos de confiscación civil¹⁸, lo que sirvió de base para que, años después, se incorporara en la legislación norteamericana una disposición que permite la defensa de este tipo de derechos¹⁹.

Por motivos de este tipo, la ley dominicana que se elabore para regular el procedimiento de la acción de extinción de dominio, debería contener expresas disposiciones destinadas a la protección de los derechos de estos terceros.

Tal es el caso del derecho alimentario y de vivienda de aquellos terceros que, por su condición de menores de edad, ancianos o cualquier otra condición análoga, puedan ser consideradas personas especialmente vulnerables, a las que el Estado debe garantizar protección, tomando en cuenta, sobre todo, las normas de protección establecidas por la Constitución, los acuerdos internacionales y leyes especiales que rigen al respecto de éstos.

4.3 La proporcionalidad y razonabilidad de la medida

Otro aspecto que resulta importante es evitar que la medida del decomiso civil se convierta en una medida desproporcionada e irrazonable, de manera que la respuesta que da el Estado resulte

-
17. Vgr. en Estados Unidos de Norteamérica en los primeros años de la década de los 70.
 18. 416 U.S. 663, 689-90 (1974), caso Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co, citada por Shaw, Robert F., Jr. Perdiendo Nuestro Estilo de Vida Como Consecuencia de una Ficción. Las leyes de Confiscación civil en los Estados Unidos. Disponible en <http://www.rflawoffices.com/CivilForfeiture.pdf>. En este texto Shaw explica ampliamente la evolución de la jurisprudencia Norteamericana en materia de defensa de los derechos de terceros, en específico de los llamados propietarios inocentes.
 19. Comprehensive Drug Abuse Prevention & Control Act of 1970 § 511(a)(4)(B), 21 U.S.C. § 881(a)(4)(C) (1994).

excesiva y desmesurada, con relación al daño que causó la ilicitud del bien o del hecho que lo hizo ilícito.

En Estados Unidos, por ejemplo, se llegaron a concretar casos en los que una casa resultó confiscada porque en su interior se ocuparon un par de cigarrillos de marihuana, que fueron atribuidos al propietario.

Nuestra Constitución, en su artículo 40 párrafo 15, dispone entre otras cosas que la ley “..sólo puede ordenar lo que es justo y útil para la comunidad y no puede prohibir más que lo que la perjudica”. De ahí que ninguna sanción, incluso de carácter civil, pueda ser desproporcionada en consideración con la lesión o daño que ella causa.

A los fines de evitar situaciones de este tipo, la ley debería contener una disposición que establezca que, en ningún caso, la orden de extinción de dominio pueda resultar desproporcionada e irracional y que, con el fin de evitar que ello ocurra, los jueces deban tomar en cuenta la magnitud del daño provocado con el o los ilícitos que sirvan de base para sustentar, en cada caso, la acción.

4.4 El derecho a un abogado o derecho a la defensa técnica

Una de las más fuertes críticas que se le han hecho en otros países a las leyes que regulan la confiscación civil es la de que las mismas no aseguran el derecho a la defensa técnica o a la obligatoriedad de un abogado defensor, como ocurre con los procesos penales.

Así, por ejemplo, se ha señalado que “...el ciudadano común, sin derecho a pagar un abogado en un procedimiento de confiscación civil, no tiene maneras de averiguar si el informante (*el que dio la información que sirvió de base al proceso*) tiene un historial criminal, una razón para estar parcializado o si se está pagando dinero por la información.....la confiscación civil opera sin dar derecho a un abogado, dejando al ciudadano promedio sin medios para navegar a través de las complejidades del sistema legal²⁰”.

20. Shaw, Robert F., Jr. Perdiendo Nuestro Estilo de Vida Como Consecuencia de una Ficción. Las leyes de Confiscación civil en los Estados Unidos. Disponible en <http://www.rflawoffices.com/CivilForfeiture.pdf>. Lo contenido en el paréntesis es nuestro.

Es evidente que el derecho a la defensa o asistencia técnica se encuentra solamente consagrado a favor de los imputados de delito –*Convención Americana de Derechos Humanos (8.2.d y 8.2.e) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (14.3.d)*– por lo que es propio del ámbito penal. Sin embargo, nada impide que el Estado pueda reconocerlo y extenderlo a otros ámbitos del Derecho.

Y es que no cabe duda, que la confiscación civil tiende a erosionar, por *causas consideradas legítimas*, un derecho constitucionalmente reconocido. Así, muchas personas, sin ninguna clase de recurso económico, se verían enfrentadas con la necesidad de defender el derecho de la única propiedad que tienen.

Por ello, la legislación que regule este procedimiento debe establecer que en los procedimientos de confiscación civil, las personas con prerrogativas sobre la propiedad, tengan el derecho irrenunciable de hacerse asistir por un abogado y que en el caso de que no se tenga recursos para pagar uno, el Estado le provea un abogado de oficio o de la Defensoría Pública que pueda asegurar la defensa de sus derechos.

4.5 Derecho al recurso

Siendo el derecho de propiedad un derecho fundamental²¹ que puede resultar lesionado por una decisión que ordene el decomiso civil, resulta importante que se establezca la posibilidad de recurso en contra de la sentencia que pronuncie o deniegue el decomiso. De esta forma, se pretende asegurar que puedan ser corregidos los eventuales agravios que, de otro modo, no podrían repararse²².

Ahora bien, este derecho no debe constituir un medio que torne imposible la administración de justicia. El mismo debe cumplir con

21 Recordemos que el artículo 51 de la Constitución reconoce el derecho de propiedad como un derecho fundamental de los ciudadanos.

22. El derecho al recurso se encuentra reconocido por la Constitución dominicana en su artículo 69.9, del mismo modo por el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y por 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una adecuada interpretación de la normativa constitucional, nacional y supranacional, lleva a concluir que el derecho al recurso quedaría satisfecho mediante el establecimiento de un único recurso –y no de una serie sucesiva de ellos– siempre que el recurso disponible sea sustanciado y fallado por un tribunal superior y que permita el examen amplio del fallo impugnado, de manera que, a través del mismo puedan corregirse todos los agravios eventualmente causados por la decisión. Véase, entre otros, el fallo rendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 2 de julio de 2004 en ocasión del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.

los requisitos establecidos por la normativa constitucional nacional y supranacional, sin que su aplicación sea llevada a extremos. Por eso, el recurso que establezca la ley, debería ser estructurado de manera que, por un lado, asegure la tutela efectiva del derecho de propiedad y, por el otro, garantice que el procedimiento de confiscación civil no se torne ineficaz.

En ese orden de ideas, la ley podría establecer el derecho a un *único recurso* a favor de la persona que pretenda defender el derecho real. Este recurso podría ser el de apelación.

Para asegurar la efectiva aplicación del Derecho al recurso, el afectado deberá tener el derecho de recurrir, tanto las decisiones relativas a las medidas cautelares como las que ordenan, por primera vez, el decomiso civil.

4.6 El derecho de no auto incriminación

El derecho a la no auto incriminación es propio de la esfera penal y constituye, esencialmente, una especie de cúpula protectora de otro derecho fundamental: *la presunción de inocencia*²³.

Tomando en cuenta que el decomiso civil de bienes no es de naturaleza penal, la garantía de no auto incriminación le resulta ajena. Sin embargo, puede resultar que la persona que comparezca al juicio de la extinción de dominio, a defender su derecho de propiedad, se vea en la necesidad de declarar cosas que tienden a evitar que su propiedad le sea confiscada y que, no obstante, lo perjudican penalmente, en tanto que con lo declarado se auto incrimina ante una existente o eventual acusación penal.

A los fines de evitar que el procedimiento de decomiso civil entre en contradicción con la normativa constitucional, la ley debería contener una disposición que prohíba el uso, en sede penal, de las declaraciones dadas por una persona, en el curso de un procedimiento por extinción de dominio, si ellas le pueden perjudicar en un proceso penal abierto en su contra²⁴.

23. Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución dominicana. Del mismo modo, se encuentra consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (8.2 y 3) y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (14.3).

24. Esto no es un tema nuevo en la legislación dominicana; de hecho, hay precedentes en este sentido, aún en el caso de que la declaración tuviera lugar dentro del mismo ámbito penal. Tal es el caso de la admisión de responsabilidad hecha por el imputado en el curso de una

En ese sentido, las declaraciones vertidas por el afectado como medio de defensa en el juicio de extinción de dominio no podrían ser utilizadas en su contra en ninguna acusación de carácter penal. Tampoco podrían utilizarse en contra del cónyuge o conviviente del afectado ni contra ninguno de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

5. LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LA NORMA QUE PERMITE LA CONFISCACIÓN CIVIL

La mayoría de las leyes que, en otros países, regulan el procedimiento de decomiso civil contienen una norma que surte efecto retroactivo respecto de los bienes adquiridos ilícitamente con anterioridad a la entrada en vigor de esta herramienta.

Así, por ejemplo, la ley modelo sobre extinción de dominio elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en su artículo 3, dispone: “ La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley”.

Algunos tribunales ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de normas, declarando que las mismas no afectan ningún derecho constitucionalmente protegido. Todas estas decisiones se fundamentan principalmente en que el principio de irretroactividad sólo es un beneficio para los juzgados penalmente y no así para los demás casos²⁵.

En República Dominicana, empero, la disposición contenida en el artículo 110 de la Constitución en el sentido de que “*La ley sólo dispone y se aplica para lo porvenir. No tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté subjúdice o cumpliendo condena. En ningún caso los poderes públicos o la ley podrán afectar o alterar la seguridad jurídica derivada de situaciones establecidas conforme*

conciliación, de la aplicación de un criterio de oportunidad o de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, que no pueden ser utilizadas en el caso de que el proceso, por cualquier razón, siga su curso.

25. En ese tenor véase, por ejemplo, lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto *Dassa Foundation v. Liechtenstein*. ECHR, Aplicación No. 696/05 (Julio 10, 2007) y lo decidido por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-740 de 2003 y mediante Sentencia T-590/09.

a una legislación anterior”, no deja duda alguna de que se trata de una prohibición absoluta que impide el efecto retroactivo de las leyes.

Una mirada más detenida de la cuestión revela que no se trataría de la aplicación retroactiva de una norma que permita incautar bienes adquiridos de modo ilícito, con anterioridad a la promulgación de la ley que regule la extinción de dominio. Más bien, se trataría de la declaratoria de nulidad del acto que materializó la entrada del bien al patrimonio del afectado, ya que, siendo la adquisición o disposición de los bienes de origen ilícito contraria al orden público, los actos y contratos que se realicen con el propósito de adquirir o disponer de tales bienes, no pueden tener efecto jurídico alguno ni en ningún caso constituir justo título. De ahí que dichos actos deberían ser considerados nulos *ab initio o ex tunc*.

Esta nulidad puede ser muy bien comprendida en el ámbito del derecho civil, tomando en cuenta que uno de sus principios principales reconoce que los actos que se fundamenten en una causa u objeto ilícito son nulos. Por ejemplo, el artículo 1131 del Código Civil dispone que la obligación sin causa, o la que se funda sobre causa falsa o ilícita, no puede tener efecto alguno. También, el artículo 1133, que proclama ilícita la causa, cuando ella está prohibida por la ley, y cuando sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.

La ley que regule el procedimiento de extinción de dominio deberá, además, precisar bien el concepto de causa, para asumir el deslindado por la jurisprudencia francesa, al disponer que la causa es el fin concreto de interés general o privado que, más allá de un acto jurídico determinado, tratan de alcanzar sus autores; y establecer que se considerará como ilícita la causa, cuando ella esté prohibida por la ley, cuando sea contraria al orden público o cuando no pueda acreditarse su justificación.

6. CONCLUSIÓN

La incorporación de un instrumento que permita hacer más eficiente la recuperación de los bienes ilícitos deberá, necesariamente, generar cambios que constituyen una reorientación de la política tradicional de persecución del crimen.

Estos cambios implican, eventualmente, la ruptura con algunos paradigmas dentro del ámbito del Derecho Público y, en especial del Derecho Penal.

En los últimos años muchos estudiosos del Derecho tales como Luigi Ferrajoli, Nils Christie y Jesús María Silva Sánchez coinciden en afirmar que al Derecho Penal se le ha querido asignar la solución de prácticamente todos los problemas sociales, es decir, aquellos problemas en cuya solución otras disciplinas, incluso la política, han fracasado. De ahí que se pretenda que el Derecho Penal, cual héroe mitológico, remedie los males de toda la sociedad.

Por ello, la corriente de pensamiento penal moderno propugna por un Derecho Penal consciente de su verdadera función reductora, ante un estado de derecho amenazado por la constante tensión existente entre la eficiencia y la garantía a la que Zaffaroni se refiere, de algún modo, en lo que él ha llamado, valiéndose de un símil: “*la lógica del carnicero responsable*”²⁶.

Por todo lo anterior, resulta un imperativo categórico, como diría Emmanuel Kant, propiciar la elaboración de herramientas que, si bien cumplan con la función de eficiencia a la que se aspira en el combate del delito, no se erijan en verdaderos agentes erosionadores de los derechos más fundamentales del individuo.

El diseño de la recuperación de bienes, a través del decomiso civil constituye entonces, un relanzamiento de la persecución efectiva, que dista en mucho de los sistemas de persecución con que cuenta el Derecho Penal tradicional. Implica, en consecuencia, la necesidad de introducir cambios y adaptaciones, no sólo en el ámbito del Derecho, sino incluso dentro de nuestra cultura.

La propuesta no pretende cortar de un tajo el lavado de activos ni los crímenes derivados de la corrupción, ni la corrupción misma, ni pretende destruir de plano las organizaciones criminales, pero sí pretende asestarles un duro golpe. Procura evitar que los delincuentes se lucren del delito y hacerles llegar el claro mensaje de que el viejo adagio de que “*el crimen no paga*” se encuentra de moda hoy más que nunca.

26. “*La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado o la lógica del carnicero responsable*”). Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. En <http://medidasdeaseguramiento.over-blog.es/pages/funcion-reductora-del-derecho-penal-la-logica-del-carnicero-4099838.html>