

LA FIGURA DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA

THE FIGURE OF CONFISCATION IN ECUADORIAN CRIMINAL LAW

RESUMEN: Una de las principales estrategias en la lucha contra la corrupción y la criminalidad organizada impulsada desde las Naciones Unidas y otros organismos internacionales ha sido la recuperación de los activos provenientes del cometimiento de un hecho ilícito para evitar que los autores y su entorno disfruten de las ganancias obtenidas a consecuencia de este. La Asamblea Nacional del Ecuador con la finalidad de otorgar mayores herramientas jurídicas que permitan cumplir este objetivo, en el 2019 reformó el Código Orgánico Integral Penal introduciendo importantes cambios a la figura del comiso, siendo uno de los más significativos la previsión del comiso a terceros, el comiso ampliado y el comiso sin condena, aun cuando con posterioridad este fue declarado inconstitucional, y en el 2021 aprobó la Ley de Extinción de Dominio aplicable sobre los bienes de origen ilícito o injustificado mediante un proceso civil independiente de la investigación penal. El presente artículo desarrolla un estudio del comiso y la extinción de dominio analizando las posibles vulneraciones a Derechos que se podrían inferir a causa de la aplicación de estas en el entorno de la regulación jurídica interna.

PALABRAS CLAVES: Comiso, extinción de dominio, responsabilidad penal, sentencia condenatoria, bienes de terceros.

SUMMARY: One of the main strategies in the fight against corruption and organized crime promoted by the United Nations and other international organizations has been the recovery of assets derived from the commission of an illicit act to prevent the perpetrators enjoying the profits obtained from it. The National Assembly of Ecuador to grant greater legal tools to meet this objective, in 2019 reformed the Organic Integral Criminal Code introducing important changes to the figure of confiscation, one of the most significant is the provision of confiscation to third parties, expanded confiscation and confiscation without conviction, even though it was subsequently declared unconstitutional, and in 2021

approved the Law of Extinction of Domain applicable to assets of illicit or unjustified origin through a civil process independent of the criminal investigation. This article develops a study of the confiscation and extinction of domain analyzing the possible violations of Rights that could be inferred due to the application of the same in the environment of internal legal regulation.

KEY WORDS: The confiscation, extinction of ownership, criminal liability, conviction, property of third parties.

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Crimen organizado y delitos de cuello blanco
- III. Regulación del comiso en la legislación ecuatoriana
 - 1) Modalidades de comiso
 - 1.1 Comiso de efectos e instrumentos:
 - 1.2 Comiso de ganancias:
 - 1.3 Comiso de valor igual o equivalente o el comiso impropio
 - 1.4 Comiso de bienes de terceros
 - 1.5 Comiso sin condena
- IV. Ley Orgánica de Extinción de Dominio
- V. Conclusiones
- VI. Referencias

I. INTRODUCCIÓN

Las penas privativas de libertad ya no son suficientes para enfrentar las nuevas amenazas que plantea el riesgo global y la sociedad de la información, como el crimen organizado, delitos de cuello blanco, cibercrimen y otros desafíos complejos. La sociedad exige nuevas soluciones que, sobre todo prevengan de manera efectiva en lugar de castigar el crimen. Estas nuevas soluciones se encuentran principalmente en nuevas formas del Derecho Penal preventivo, así como en la combinación con otros regímenes jurídicos en las áreas de Derecho Público y Civil y con normas autorreguladoras del Derecho Privado.

En la búsqueda de estas soluciones innovadoras y eficaces para prevenir la delincuencia y evitar que quien cometa el ilícito disfrute de los beneficios obtenidos, se estudió la necesidad de incorporar una herramienta para la recuperación de activos a partir del análisis de varios Proyectos de Ley*

* Proyecto de Ley de Extinción de Dominio, presentado por el Fiscal General del Estado Carlos Bladimir Baca Mancheno el 20/12/2017 (Cod. AN-2021-2026/311647). Proyecto de Ley Reformatoria el Código Orgánico Integral Penal para la Identificación, Recuperación, Repatriación y Extinción de Dominio de Bienes de Origen Ilícito, presentado por el Presidente Constitucional de la República Lenín Moreno Garcés el 26/07/2018 (Cod. AN-2021-2027/335804). Proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado, presentado por el asambleísta nacional Pedro Fabricio Villamar Jácome el 22/10/2019 (Cod. AN-2021-2028/382831).

presentados en la Asamblea Nacional del Ecuador. El discurso político partía tomando como referencia la supuesta inexistencia de alguna figura jurídica que permita recuperar los bienes de procedencia o destino relacionados con actividades ilícitas, aun cuando el comiso se encuentra regulado en la legislación ecuatoriana desde el Código Penal de 1871.

La problemática en torno a la recuperación de los bienes no se ha producido por falta de regulación normativa interna, sino porque el comiso se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal como una pena restrictiva de los derechos de propiedad, y para su ejecución requiere de manera indispensable que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. En virtud de ello, y tomando como referencia la Ley Modelo de Extinción de Dominio como iniciativa del programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe (LAPLAC) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), se planteó la necesidad de regular una forma de comiso civil en la que la culpabilidad del propietario no sea relevante, pues el procedimiento se llevaría en contra del inmueble.

Sin embargo, se plantean serias amenazas de la protección de las libertades civiles al ignorar los derechos humanos tradicionales, en particular las garantías del debido proceso, por las que los ciudadanos han luchado desde hace cientos de años. Por lo tanto, las distintas modalidades de comiso deben tratar de equilibrar y combinar la eficacia del desarrollo de nuevas soluciones, con la protección adecuada de los derechos consagrados constitucionalmente.

El presente artículo aplicará una metodología descriptiva y analítica, que facultará a conocer el comiso penal y la extinción de dominio como mecanismos de recuperación de bienes, sus límites, alcances, deficiencias y posibles vulneraciones a las garantías fundamentales tales como el debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República. Para desarrollar esta postura y dar respuesta al problema jurídico planteado, se abordará un análisis del crimen organizado y delitos de cuello blanco que han servido como

fundamento para la creación de nuevas figuras jurídicas, la regulación del comiso penal y el proceso de extinción civil reconocidos en la legislación ecuatoriana.

II. CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE CUELLO BLANCO

El crimen organizado y la corrupción son dos fenómenos que se encuentran estrechamente relacionados, afectan a las sociedades en todas las épocas y bajo cualquier tipo de gobierno. Si bien estas formas de criminalidad no cuentan con una definición exacta, podemos hacer referencia a que la corrupción alude a una conducta que se aleja de la normativa vigente en determinado contexto, y cuya motivación es el beneficio privado. Sus elementos son: la violación de un deber, la contradicción de intereses, la obtención de un beneficio que no se hubiere podido obtener cumpliendo la norma de deber previamente establecida, y el ocultamiento del acto[†]. Sin embargo, desde el aspecto sustantivo penal, hace referencia a la entrega de una dádiva o recompensa a cambio de la concesión de un beneficio por parte de un funcionario, manifestándose generalmente en sobornos y cohechos[‡].

El crimen organizado, por su parte, tampoco cuenta con una acepción uniforme, ya que no es posible especificar la diversidad de formas que éste puede asumir y las conductas que puede realizar en función del contexto o incluso la localidad geográfica[§]. No obstante, se han podido determinar elementos comunes, como: existencia de una organización criminal, finalidad económica, implicación preferente en la provisión y el suministro de bienes y actividades ilegales complementadas con negocios legales^{**}.

[†] NASH, Claudio, AGUILÓ, Petro y otros. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 16.

[‡] RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, «Delimitación del concepto penal de corrupción». *En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 25, 2004, p. 342.

[§] GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Tecnocrimen». En José Luis GONZÁLEZ, María Luisa CUERDA (directores), Antonio FERNÁNDEZ (coordinador), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

^{**} *Ídem*.

Algunos rasgos básicos de ese tipo de criminalidad son su versatilidad y flexibilidad. El objetivo casi siempre es la obtención de un lucro, la búsqueda de las mayores ganancias posibles con los menores riesgos, por lo que se buscan los sectores más vulnerables y menos controlados, y pretenden ingresar al mercado legal a través del lavado de activos. Esto tiene un efecto nocivo a nivel estatal y el desarrollo económico, lo que genera una gama de problemas como la desestabilización de las instituciones de Gobierno, pues merman las arcas públicas, generan encarecimiento en los servicios básicos y dificultan el acceso a los mismos, debilitan las instituciones democráticas y por consiguiente generan la pérdida de la confianza de la sociedad en el Estado de Derecho, adicional al gasto público destinado a perseguir este tipo de delitos.

En el desarrollo de un proceso penal, el enfoque siempre ha estado orientado en torno al elemento punitivo del delito^{††}. El objetivo principal era y continúa siendo el lograr la imposición de penas a los delincuentes, generalmente privativas de libertad, y ha estado dirigido, en esencia, a la sanción del delito y, no tanto, a la recuperación de los bienes ilícitamente obtenidos. Los instrumentos jurídicos internacionales^{‡‡} han insistido constantemente en la necesidad de regular las legislaciones internas a fin de que se desarrollen herramientas que permitan prevenir y reprimir las conductas de lavado de activos, y en la incautación de los beneficios conseguidos mediante actividades criminales, a fin de obtener la anulación de las posibilidades de volver a cometer el delito y a la supresión de

^{††} JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, «Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos». En *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, p. 85.

^{‡‡} En la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, o Convención de Viena, se introducen por primera vez medidas para la neutralización de los patrimonios de origen criminal. Las Partes en el preámbulo declaran su intención de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad, partiendo de dos bases: por un lado la conexión del narcotráfico con la delincuencia organizada, con capacidad para socavar las economías lícitas y poner en riesgo la estabilidad, seguridad y soberanía de los estados; por otro, que este tráfico genera grandes rendimientos financieros, lo que permite a las organizaciones invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos los niveles.

todo rédito o beneficio económico que la actividad delictiva pudiera dejar en el patrimonio de los responsables.

Un aspecto de la delincuencia económica que hoy preocupa en Ecuador es el de la corrupción. Actualmente en los tribunales se investigan numerosos casos relacionados con corrupción política y económica, todos ellos en la órbita de las relaciones ilícitas entre empresarios y gestores públicos o políticos^{§§}. Al considerar que la corrupción y criminalidad organizada existe y actúa, esencialmente, por ánimo de lucro, y con el fin de que la comisión de delitos no resulte provechoso, el comiso y la recuperación de bienes de origen delictivo ha tomado cada vez mayor relevancia en la legislación ecuatoriana, y con el objetivo de contar con las herramientas más eficaces en la lucha contra dicha manifestación criminógena^{***}, a fin de reducir su influencia y producir un efecto disuasorio, el 2019 se reformó el Art. 69 del Código Orgánico Integral Penal^{†††}, ampliando las modalidades de comiso, dejando de lado su tratamiento tradicional; es decir, a los efectos y productos del delito, dotándole de nuevas características que permiten que sea usado como un instrumento de política criminal para que pueda enfrentar a estas nuevas macro criminalidades.

El comiso debe ser considerado como un elemento que permita reforzar la eficacia preventiva de las penas, no en el sentido preventivo general o especial, sino en un sentido práctico y de supresión de costes económicos derivados de la delincuencia, al tener una finalidad material de retirada de los objetos y bienes que pueden propiciar nuevos delitos^{‡‡‡}, evitando que los beneficios se inviertan en

^{§§} JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. *La recuperación de activos frente a la corrupción. (La oficina de recuperación y gestión de activos)*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 19.

^{***} ZARAGOZA, Javier. «La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado». En, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, N.º. 10, Madrid, 2006, p. 17.

^{†††} Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial N°107 de 24 de diciembre de 2019.

^{‡‡‡} GORJÓN BARRANCO, María Concepción. «El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho Penal». En *Revista Penal*, N.º 38, Valencia, julio de 2016, p. 128.

posteriores actividades delictivas y que infiltren y capturen el sistema económico legal.

El comiso se constituye como el medio eficaz contra estos fenómenos, pues actúa directamente sobre el patrimonio del crimen organizado, es decir, sobre las ganancias de estas estructuras criminales^{§§§}, por lo que se pretende evitar que el delito resulte provechoso y así desincentivar su comisión.

III. REGULACIÓN DEL COMISO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En el Código Penal ecuatoriano de 1871, el comiso especial estaba configurado como una pena común a las infracciones^{****}, que solo podía ser impuesta en virtud de una sentencia condenatoria, y recaía sobre las cosas que forman el objeto de la infracción, y sobre las que han servido o han sido destinadas a cometerla cuando eran de propiedad del condenado; y, sobre las que han sido producidas mediante infracción. Similar redacción llegó hasta el Código Penal de 1971, con la única modificación que ya no se hacía referencia al condenado sino al autor o cómplice. Es decir, desde 1871 se ha reconocido el comiso como una pena común a todos los delitos, destinada a retirar de la sociedad únicamente los instrumentos y los efectos del ilícito. El término “comiso especial” cambió por el término “comiso” en 2014 con la adopción del Código Orgánico Integral Penal.

La evolución y trascendencia que han adquirido diversas formas de delincuencia; la económica, la delincuencia organizada, la vinculación a nuevas formas de actuación en el ámbito político o económico, han puesto de manifiesto el interés de privar a quienes incurrieran en conductas delictivas de aquellos elementos con los que los cometían o podían cometerlos.

^{§§§} HASSEMER, Winfried. «*Localización de ganancias: Ahora con el Derecho Penal*». En Revista de Ciencias Penales, Vol. I, núm. 1, 1998, p. 220.

^{****} CÓDIGO PENAL. Decreto Legislativo 0. Registro Auténtico de 3 de noviembre de 1871. “Art. 1.- Las infracciones de ley penadas por ella, constituyen los crímenes, delitos y contravenciones”.

Tradicionalmente la doctrina había cuestionado la condición de pena del comiso. García Pablos⁺⁺⁺ considera que el mismo no está previsto como una amenaza destinada a la disuasión de la comisión del delito ni como castigo merecido, así como tampoco busca la prevención de otros hechos del sujeto peligroso, por lo que sostiene que este es una consecuencia accesoria de naturaleza particular cuya finalidad es únicamente privar al sujeto de los medios con los que cometió el delito, o de sus efectos económicos⁺⁺⁺.

Gracia Martín, a su vez, indica que el comiso es, más bien, una medida de carácter administrativa o de naturaleza civil, en razón de que, su fundamento es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos^{§§§§}, pues su función no es retributiva, como en cierta medida lo son las penas, sino exclusivamente preventiva, dado que su imposición obedece a la necesidad de evitar o impedir que los efectos e instrumentos puedan servir para la comisión de nuevos hechos delictivos.

Esto ha justificado la incorporación en la normativa penal de las nuevas modalidades orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva. Por lo tanto, el carácter retributivo con que se concibió históricamente la institución, más cercana a una pena pecuniaria, ha quedado relegada a un segundo plano, y ahora parece predominar la finalidad preventiva^{*****}.

⁺⁺⁺ GARCÍA PABLOS, Antonio, *Introducción al Derecho Penal, General*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, Madrid, 2005, p 148.

⁺⁺⁺ MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 8ª edición, Barcelona, 2008, p. 796.

^{§§§§} GRACIA, Luis, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 562.

^{*****} Como refiere JAEN VALLEJO, Manuel, y PERRINO PÉREZ, Ángel, *La recuperación de activos frente a la corrupción*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 149, "el objetivo final es disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos", por lo que "El decomiso y la recuperación de activos tienen indudablemente, en el ámbito europeo, un claro efecto preventivo general".

1) MODALIDADES DE COMISO

El artículo 69.2⁺⁺⁺⁺ del Código Orgánico Integral Penal recoge distintas modalidades del comiso que tienen características y especificidades que recae sobre los bienes cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito, y ya no se limitan solo a los instrumentos empleados o a los efectos del delito, sino que se estructuran de acuerdo con los requerimientos internacionales abarcando también las ganancias indirectas. Sin embargo, el mismo se aplica únicamente en los casos de delitos dolosos.

El listado de bienes sobre los que se puede imponer esta pena restrictiva de los derechos de propiedad incluye el comiso de los bienes en los que se haya podido transformar los efectos, los instrumentos y las ganancias de la infracción, el comiso de bienes por un valor equivalente a esos efectos, instrumentos y ganancias; y el comiso ampliado que recae sobre el patrimonio de los condenados por infracciones relacionadas con la criminalidad organizada, contra la

⁺⁺⁺⁺ Art. 69.2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos. En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de: a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible. b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal. c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal. d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado. e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada. Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal. En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobreprecios en contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

administración pública, terrorismo, etc. Los motivos por los cuales se priva al titular de los derechos patrimoniales que tiene sobre estos bienes varía según se trate del comiso de efectos, instrumentos o ganancias, de ahí que sea indispensable hacer un análisis pormenorizado de las distintas clases de comiso.

1.1 COMISO DE EFECTOS E INSTRUMENTOS:

Es la forma más básica de la figura del comiso, entendido como el acto por el cual a quien se le imponga una pena por intermedio de una sentencia ejecutoriada a causa de la comisión de un delito doloso, debe también serle impuesta una pena que conlleve a la pérdida de las ganancias, bienes y efectos provenientes de la actividad ilegal por la cual fue sentenciado. El Art. 69.2 del Código Orgánico Integral Penal en sus literales a, b y c, reconoce el comiso a los bienes, fondos o activos y otros utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible, al contenido digital y productos que procedan de la infracción penal y los productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal, respectivamente.

Al hablar de instrumentos, se hace referencia a aquello que sirve para hacer algo y comprende tanto los bienes materiales como inmateriales. Son los objetos usados para la realización de la acción delictiva⁺⁺⁺⁺, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal^{§§§§§}, o los objetos que puestos en relación de medio a fin con la infracción hayan sido útiles para su ejecución^{*****}, por ejemplo: las armas con que se haya ejecutado la muerte o las lesiones corporales, balanzas de precisión, los útiles que se hayan empleado para la falsificación de tarjetas

++++ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Judel y PIÑOL RODRÍGUEZ José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 5.ª ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 468.

§§§§§ PRATS CANUT, Josep y MORÁN MORA, Carolina, "Título VI. De las consecuencias accesorias". En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 649.

***** GRACIA MARTÍN, Luis, BOLDOVA PASAMAR, Miguel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 450.

(computador, puertos, alimentadores, cables, y lectora-grabadora de bandas magnéticas), etc. Este comiso se basaría en un juicio de peligrosidad del bien, pues estaría orientado a evitar el cometimiento de nuevos delitos al impedir que el autor de los hechos tenga acceso al bien con el que los cometió.

De manera unánime, la doctrina⁺⁺⁺⁺⁺ considera efectos provenientes de los delitos, a aquellos bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción penal, contempla aquellos que son originados por el delito, cuya existencia se debe a la comisión del delito, como también de aquellos que, si bien preexistían a la infracción penal, su naturaleza o composición ha sido transformada por la realización de esta. Por objeto producido por el delito se entienden tanto los bienes originados por el delito, como aquellos transformados por la acción delictiva, por ejemplo, el dinero o documentos falsificados. El objeto amplio de efecto del delito tiene unos límites demasiado difusos, entrando incluso en el terreno de las ganancias del delito. Por ello, es mejor tomar el concepto restringido, pues la diferente naturaleza de los bienes hace que el fundamento difiera.

En general la función de este comiso, adicional a lo anteriormente señalado, es prevenir la ejecución de delitos a través de medidas restitutivas de bienes dirigidas a neutralizar el peligro, lo que la doctrina⁺⁺⁺⁺⁺ ha denominado la peligrosidad objetiva de los bienes que provienen de las actividades delictivas.

1.2 COMISO DE GANANCIAS:

Se reconoce la posibilidad de sustraer los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos procedentes de la infracción penal, el provecho económico

⁺⁺⁺⁺⁺ Entre otros, MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Aranzadi S.A., 5° edición, 2011, p.p. 413 y 414. GALLEGU SOLER, José Ignacio, "Art. 127". En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (Dirs.), *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 299.

⁺⁺⁺⁺⁺ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Decomiso, incautación y secuestro". Lima, Valleta Ediciones, 2015, P. 40 y ss.

obtenido directa o indirectamente cualquiera que sea la transformación que haya experimentado, los beneficios obtenidos por el hecho objeto de la condena. El comiso de las ganancias derivadas del delito es la piedra angular de la política criminal de recuperación de activos a nivel internacional y un foco de discusión en la doctrina.

Algunos autores^{§§§§§§} consideran que por ganancias se abarca la recompensa, entendida como la ventaja patrimonial que el autor o partícipe del hecho recibe como contraprestación, por ejemplo, el dinero recibido en el delito de cohecho, así como la ganancia definida como el beneficio logrado directamente por la acción criminal, es decir, el valor de lo estafado o el dinero sustraído. El comiso de ganancias constituye una medida de no tolerancia de una situación patrimonial ilícita o que busca impedir el lucro ilícito^{*****}.

Puede hacerse referencia a las ganancias que derivan directa y necesariamente de la realización del tipo, pues la existencia de todos los elementos que configuran el tipo penal de determinados delitos conlleva la aparición de una ganancia, por ejemplo, el beneficio económico obtenido mediante la explotación sexual de una persona, el dinero logrado con el tráfico de órganos, con la comercialización, distribución, importación de medicamentos deteriorados, etc. También en aquellos supuestos, en los que la realización del tipo de determinados delitos no lleva inmersa necesariamente una ganancia para el autor o partícipe, aunque puede aparecer tras la consumación del delito. En el primer caso, se puede distinguir aquellos en los que la ganancia queda abarcada por un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo. Tal es el caso del dinero pagado al receptor a cambio de la ayuda prestada a los responsables de un delito contra el patrimonio, diferenciándose de aquellos en los que ni siquiera se exige este requisito, por más

^{§§§§§§} CERREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, "Capítulo 33. Comiso". En ORTIZ DE URBINA, Gimeno Íñigo, *Memento experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis y Taylor S.A., 2010, p. 694.

^{*****} MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La pena del comiso en el proyecto de Código Penal". En *Anuario de Derecho Penal*, vol. XXXIV, fasc. II y III, p. 616.

que el beneficio económico no sea el propósito que mueva al sujeto, como el caso de los honorarios percibidos por quien ejerce ilegalmente su profesión.

Sus posibilidades como medida disuasoria son innegables, pues si el sujeto conoce que cuando se descubra el delito cometido, adicional a su declaración de culpabilidad, se le condenará a devolver lo obtenido probablemente no adecúe su conducta a lo descrito en un determinado tipo penal, evidenciándose así, el efecto preventivo. Se podría pensar en el comiso de ganancias como una forma de indemnización social para atenuar los daños que estas formas tan graves de criminalidad. Sin embargo, esta no es una función que vaya a realizar per se, pues no es un efecto inherente a esta modalidad. Será la localización y utilización de los bienes, el destino que se les otorgue, el que consiga esta función social de reparación, que hasta la actualidad ha sido mínima en el Ecuador⁺⁺⁺⁺⁺.

1.3 COMISO DE VALOR IGUAL O EQUIVALENTE O EL COMISO IMPROPIO

Según lo establecido en el segundo inciso del Art. 69.2 literal f)⁺⁺⁺⁺⁺ del Código Orgánico Integral Penal, si por cualquier circunstancia no fuere posible el comiso de las ganancias provenientes del delito, según el *numerus clausus* que se reconoce, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre

⁺⁺⁺⁺⁺ De acuerdo con el comunicado oficial de 14 de agosto de 2020 la Procuraduría General del Estado (PGE), indicó que sólo en dos de los siete principales casos de corrupción se ha llegado al embargo de bienes. En cuanto a montos: de los \$ 89,3 millones que busca recuperar, hasta la fecha apenas ha logrado medidas para retener activos por \$3,9 millones; es decir, el 4,4 %. El resto aún se encuentra en el rastreo de bienes y en disputa legal.

⁺⁺⁺⁺⁺Art. 69. 2. f) En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.

vinculado al delito. Su finalidad es reemplazar o completar al comiso de ganancias cuando este no puede cumplir o solo puede cumplir parcialmente el fin asignado. Estas dos modalidades de comiso encuentran su fundamento en el enriquecimiento forjado por la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal, únicamente en los delitos dolosos. Si al aplicar el comiso de ganancias se elimina totalmente el enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica, el comiso de otros bienes por un valor equivalente ya no tendría razón de ser. La privación del dominio^{§§§§§§§§} de los bienes sin contraprestación alguna obedece y se justifica debido a que sólo el trabajo y las actividades lícitas pueden ser fuente de riqueza, más no así el delito ni los comportamientos que vayan en desmedro del erario o de la moral social.

En aquellos casos en que no sea posible el comiso de bienes, se acordará el mismo por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los responsables del hecho, es decir, en el caso exista algún impedimento para comisar los instrumentos, efectos, las ganancias del delito en cuestión, el juez tendrá la facultad de confiscar bienes del condenado que poseen el mismo valor, bienes que haya adquirido de forma lícita. El comiso de valor equivalente pretende superar aquellos supuestos en donde el comiso se limita, como cuando las cosas pasan a terceros no decomisables, terceros de buena fe, o cuando las ganancias se hayan consumido o se hayan ocultado por tratarse de bienes muebles^{*****}, en estos casos se ha previsto la posibilidad de cubrir bienes lícitos del autor. Sin embargo, frente a ciertas estrategias elusivas, esta herramienta, al igual que el comiso directo, pierde su eficacia, ya que existe la posibilidad de que no logre conseguir decomisar efectivamente ningún bien, pues seguramente el sentenciado no tendrá ningún bien legalmente inscrito a su nombre que el Estado pueda decomisar.

^{§§§§§§§§} VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tercera edición, Bogotá D.C.: Librería Jurídica COMLIBROS, 2007. p. 658.

^{*****} GARCÍA CAVERO, Percy, "El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana". En *Revista PUCP*, N° 81, 2018, p. 125.

1.4 COMISO DE BIENES DE TERCEROS

Esta herramienta recogida en el Código Orgánico Integral Penal otorga la capacidad de efectuar el comiso de los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada⁺⁺⁺⁺⁺, cuando exista motivo suficiente para demostrar la carencia de buena fe⁺⁺⁺⁺⁺ en la traslación del dominio. Históricamente, la figura del comiso ha precautelado los derechos de los terceros no responsables del delito que tengan sobre bienes o efectos involucrados con un sentenciado por la comisión de un injusto penal, respetándose tanto el principio de confianza, como la presunción de inocencia.

Dando por hecho que es justo que el tercero no responsable penal que haya adquirido efectos u obtenido ganancias de mala fe deba sufrir su pérdida en favor del Estado, resulta fundamental que esta herramienta sea utilizada únicamente si puede demostrarse, en un proceso contradictorio jurisdiccional, que los presuntos bienes ilegales fueron adquiridos con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita. Se presume ausencia de mala fe cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito, o que de ese modo se dificultaba su posible decomiso.

En Ecuador se establece una presunción *iuris tantum* sobre el origen de dicho patrimonio, susceptible de modificación, mediante prueba en contrario que acredite o justifique el origen lícito del patrimonio cuestionado, o al menos que no procede de actividades criminales llevadas a cabo en el marco de una organización o grupo criminal^{§§§§§§§§}. Si bien no existe una regulación clara sobre la propiedad de esos terceros, no debería caber duda de que, si la propiedad se

⁺⁺⁺⁺⁺ Art. 69. 2. f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

⁺⁺⁺⁺⁺ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2017, pp. 205ss.

cede a un tercero de buena fe, la transferencia debe respetarse por razones de orden en el tráfico patrimonial. Sin embargo, cuando exista la posibilidad de que la persona consintió en aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, títulos, acciones, participaciones, dinero, valores o efectos que lo representen se podría iniciar una investigación penal por el delito de testaferrismo tipificado en el Art. 289 del Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, la problemática que se presenta con la regulación del Código Orgánico Integral Penal es que, a través de esta disposición, se facilita acordar el comiso sobre los bienes de sujetos que son responsables de un delito de lavado de activos, doloso o imprudente, sin necesidad de iniciar un proceso penal con el fin de declarar la responsabilidad de estos, por la vía de considerarlos terceros a efectos del comiso.

1.5 COMISO SIN CONDENA

El 17 de septiembre de 2019 la Asamblea Nacional del Ecuador aprobó, en segundo debate, el proyecto de reformas del Código Orgánico Integral Penal, que pretendía incorporar un artículo que permita regular el comiso sin condena, con el siguiente texto:

*“Artículo 69.1. **Comiso sin condena.** - La o el juzgador, dentro de los procesos por lavado de activos, delincuencia organizada, trata de personas y tráfico de migrantes, enriquecimiento privado no justificado, testaferrismo, terrorismo y su financiamiento o delitos por tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, podrá ordenar el comiso de bienes de la persona procesada previsto en el artículo anterior, aunque no exista sentencia condenatoria. Para el efecto se determinará la ilicitud de los bienes y su monto en un proceso de conocimiento y contradictorio, cuando concurren todas las siguientes condiciones:*

§§§§§§§§ JAEN VALLEJO, Manuel, y PERRINO PÉREZ, Ángel, La recuperación de activos frente..., *op. cit.*, p. 130.

1) *Que se haya emitido auto de llamamiento a juicio y el mismo haya sido notificado a la persona procesada.*

2) *Que la persona en contra de quien se ha emitido auto de llamamiento a juicio no haya comparecido de manera injustificada, en al menos dos ocasiones a la audiencia de juicio.*

3) *Que la persona procesada se encuentre en condición de prófuga.*

Sin perjuicio de lo previsto en el siguiente artículo, cuando se demuestre que el bien objeto del comiso sin condena no tiene conexión con el cometimiento del delito las o los juzgadores ordenarán la restitución del mismo”.

El Art. 66.26 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas, sin embargo, el legislador ecuatoriano y autodenominados expertos en el tema^{*****}, intentaron tomar como obligatorios los argumentos de la sentencia C-374 de 13 de agosto de 1997 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo razonó acerca de la procedencia de la acción sobre bienes equivalentes, partiendo del hecho de que (...) *“quien adquirió bienes gracias al ejercicio de actividades ilícitas, intentará darles apariencia de licitud transfiriéndolos a terceros y adquiriendo con su producto otros no vinculados directamente al ejercicio de tales actividades. En estos supuestos, de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto”.* (“Sentencia C-740/03 - Corte Constitucional de Colombia”) Al no existir pronunciamientos de carácter similar por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, esos argumentos solo deberían ser tomados como referencia, no

^{*****} Oficio No. 320 PR-CEPPCCS-AN-2020, de 8 de julio de 2020, suscrito por el presidente de la Comisión Especializada Permanente de Participación Ciudadana y Control Social, remitiendo el Informe para Primer Debate del Proyecto de Ley Orgánica de recuperación de bienes de origen o destino ilícito o injustificado al presidente de la Asamblea Nacional.

como jurisprudencia que genere la obligación de adecuar la normativa a dichos conceptos, más aún cuando son contradictorias a lo dispuesto en la Carta Magna.

Respecto a esta disposición, existió una objeción presidencial⁺⁺⁺⁺⁺⁺, pues acusa la inconstitucionalidad de la norma propuesta, porque se pretendería imponer una pena de carácter patrimonial sin que exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, vulnerando los principios constitucionales de presunción de inocencia, principio de legalidad, el derecho a la defensa, el derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso, ya que inclusive se priva al procesado de la posibilidad básica de ser siquiera escuchado en el momento procesal oportuno. Se recalcó, además, el error normativo en el que incurrió el legislador al pretender incluir esta reforma a continuación de la descripción de la pena de comiso penal, ya que ésta, al ser una pena debe ser impuesta mediante sentencia, lo que la hace incompatible con el procedimiento propuesto en dicha reforma. Las objeciones de fondo acusan que la falta de contenido procesal que tiene la propuesta de reforma vulnera ya de por sí misma una serie de derechos y garantías constitucionales⁺⁺⁺⁺⁺⁺.

Las causales en las que se hubiere podido utilizar dicha herramienta, no versaban en la licitud o ilicitud de la forma adquirida de los bienes a ser comisados, sino con ciertas circunstancias que pueden acontecer con el titular de los bienes, que impidan que pueda comparecer a juicio. El comiso sin condena se hubiera convertido en una especie de pena retributiva que opera como consecuencia de la ausencia del acusado en la etapa de juicio, por motivos que van desde la muerte hasta la fuga, pretendiendo castigar su ausencia con el comiso de sus bienes. La atribución potestativa que se da al juzgador respecto de la facultad de devolver un bien producto del decomiso sin sentencia y la omisión de incluir un mecanismo

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ Oficio T 539-SGJ-19-0814, de 18 de octubre de 2019, suscrito por el Presidente de la República del Ecuador, remitiendo sus objeciones parciales al proyecto de reformas al Código Orgánico Integral Penal al Presidente de la Asamblea Nacional.

⁺⁺⁺⁺⁺⁺ Párrafo 18. 4-19-OP/19 En el Caso N.º 4-19-OP Dictamen sobre las objeciones de inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Integral Penal. Publicado en el Registro Oficial N° 28, de 19 de diciembre de 2019.

idóneo que garantice el derecho a impugnar son igualmente inaceptables. La objeción añade, además, que el derecho a recurrir es una garantía para la persona procesada que crea afectado su derecho por una decisión judicial, por lo tanto, debe estar expresamente en todo proceso judicial. El mecanismo indicado debe contener como elemento transversal para su ejecución el debido proceso, incluyendo un detalle de plazos, actuaciones y resoluciones.

En opinión de la Corte Constitucional del Ecuador, las indeterminaciones que aquejan a la figura del comiso sin sentencia, en la forma en la que se pretendían incorporar al Código Orgánico Integral Penal, no son simples defectos de técnica legislativa, sino que por su envergadura desembocan en algo mucho más grave, el quebrantamiento de la seguridad jurídica, derecho reconocido en el Art. 82 de la Constitución de la República, por lo que procede con el Dictamen de Inconstitucionalidad^{§§§§§§§§§§}, determinando que la Asamblea Nacional deberá proceder con las enmiendas necesarias exclusivamente dirigidas a eliminar la inconstitucionalidad dictaminada, bien a través de la supresión del numeral, o mediante la modificación de su texto. Finalmente, el numeral que hacía referencia al comiso sin sentencia fue eliminado del paquete de reformas aprobado por el legislativo.

A pesar de las supuestas bondades que se manifestaron respecto al comiso sin condena penal como mecanismo de lucha eficaz contra la delincuencia organizada, y en particular contra la corrupción, lo cierto es que esa eficacia vulneraba las garantías y derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

IV. LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

^{§§§§§§§§§§} 4-19-OP/19 En el Caso N.º 4-19-OP Dictamen sobre las objeciones de inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Integral Penal. Publicado en el Registro Oficial N.º 28, de 19 de diciembre de 2019.

La crisis política y debilidad institucional emergen sentimientos de indignación y sensaciones de impunidad como resultado del bajo número de casos que se investigan, los procesos que se archivan, el tiempo que tardan en llegar las sanciones penales, la baja intensidad de las penas en casos de corrupción relevantes y los pocos recursos económicos que se recuperan generan una sensación de ineficiencia procesal.

Frente al acelerado crecimiento de los delitos de corrupción, crimen organizado y delincuencia transnacional, ante la declaratoria de inconstitucionalidad del comiso sin condena, y con la finalidad de dotar con las herramientas que permitan limitar el accionar delictivo en el espacio financiero, se presentaron varios Proyectos de Ley para regular el procedimiento de extinción de dominio que faculte la recuperación a favor del Estado los bienes adquiridos ilícitamente.

El Proyecto que dio origen a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio^{*****} tomó como referente a la Ley Modelo de Extinción de Dominio para América Latina, y las normas emanadas de la Convención de Naciones Unidas, de la Convención contra la Delincuencia Organizada y Transnacional, haciendo eco de las iniciativas internacionales^{†††††††††} que han marcado el rumbo de la estrategia de recuperación de activos, cuya pretensión es conseguir fines ordenadores del patrimonio y de corrección de una situación patrimonial ilícita derivada de un enriquecimiento injusto de origen delictivo, de aplicación general, prescindiendo de la responsabilidad del autor, porque el juicio va dirigido en contra de la cosa *in rem*, constituyéndose en una consecuencia patrimonial determinada por sentencia judicial de bienes.

^{*****} Quinto Suplemento del Registro Oficial No.452, 14 de Mayo 2021

^{†††††††††} Convenciones de Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. La Convención Interamericana contra la corrupción.

Se trata de un texto bastante detallado de 67 artículos, que se dividen en tres títulos dedicados respectivamente a: generalidades, procedimiento de extinción de dominio y formas de cooperación. El objeto de la Ley declarado en el primer artículo es la regulación de procedimiento de extinción de dominio de los bienes de origen o destino ilícito o injustificado, entendiendo por extinción de dominio a una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración jurisdiccional de titularidad a favor del Estado, por sentencia, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para el afectado.

Al igual que la Ley Modelo, el Proyecto de Ley inicialmente presentado pretendía que su aplicación sea retroactiva, implicando la declaración de la instrucción de dominio, aunque se base en supuestos anteriores a la aprobación de la Ley, además reconocía la imprescriptibilidad de la acción, considerando la nulidad ab initio de los actos y contratos que versan sobre los bienes demostrado origen ilícito objeto del proceso de extinción de dominio, a salvo los derechos de terceros de buena fe. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante Dictamen No. 1-21-OP/21, declaró procedente la objeción de inconstitucionalidad respecto a la aplicación retroactiva de una sanción patrimonial, por ser contraria a la seguridad jurídica contenida en el artículo 82^{#####} de la Constitución y al principio de legalidad contenido en el artículo 76 numeral 3^{§§§§§§§§§§} del texto constitucional.

Los elementos de operatividad que podemos tomar de la extinción de dominio son:

1. El proceso de extinción de dominio es de carácter civil, pero investigado por la Fiscalía General del Estado.

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

§§§§§§§§§§ 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

2. La finalidad es extinguir el dominio de los bienes particulares recuperados a favor del Estado.
3. La supuesta ilicitud o falta de justificación sobre el bien es prueba plena y revierte la carga de la prueba al titular.
4. El proceso civil de extinción de dominio es autónomo del de carácter penal, es decir, es irrelevante el hecho de que se ratifique el estado de inocencia en materia penal, pues la extinción de dominio continúa su curso.

Se establece que el proceso de extinción de dominio procede sobre los bienes que forman parte de un incremento patrimonial no justificado, si es de origen directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando proviene de la transformación o conversión parcial o total física o jurídica del producto instrumento u objeto material de actividades ilícitas, cuando forman parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas, cuando han sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas y los bienes de la sucesión hereditaria cuando hayan sido producto de actividades ilícitas.

La Ley contempla tres sujetos procesales^{*****} la Procuraduría General del Estado, el o los afectados y la Fiscalía General del Estado. Tiende únicamente a regular el procedimiento de extinción de dominio de los bienes de origen o destino ilícito o injustificado, a favor del Estado, por lo que es una ley eminentemente procesal y de carácter investigativo, cuyo procedimiento consta de dos fases, investigación patrimonial y judicial. La primera, llevada a cabo por fiscales especializados, tendrá como objetivo la identificación y localización de los bienes, la acreditación de la concurrencia de las causales de extinción, la acreditación del vínculo entre posibles titulares de derechos y la obtención de los medios de prueba necesarios. En la segunda fase se llevará a cabo la audiencia de extinción de dominio que en un primer momento verificará la legitimación de las partes

^{*****} Art. 15.- Sujetos procesales. - Serán parte en el procedimiento de extinción de dominio los siguientes sujetos procesales: a) La Procuraduría General del Estado; b) El o los afectados; y, c) La Fiscalía General del Estado.

procesales y resolverá las cuestiones formales que se plantearen, para posteriormente calificar la prueba, practicarla, exponer alegatos y finalmente el Juez Anticorrupción dicta la sentencia. Al crearse un juzgador específico para estos casos, podríamos indicar que nos encontramos frente a la aplicación del Derecho Penal del Enemigo

Una de las críticas a esta Ley es que se producirá la inversión de la carga de la prueba, pues serán los citados o terceros de buena fe quienes tengan que probar durante la fase judicial la licitud de la obtención u origen del bien, por lo que bastaría con que la fiscalía aporte algún indicio sobre la procedencia ilícita del bien, para otorgar un nivel de certeza en el Juez. En este sentido, se debería solicitar la declaración de inconstitucionalidad, pues la Corte Constitucional mediante Sentencia No.14-15-CN/19 al analizar la reversión de la carga de la prueba en el delito de receptación⁺⁺⁺⁺⁺, señaló que esto se contrapone a lo que la norma constitucional pues vulnera la presunción de inocencia, declarando además que la Asamblea Nacional, al tipificar esas conductas, viola su deber de adecuar el sistema jurídico a la Constitución.

Se reconoce la posibilidad de presentar únicamente recurso de apelación, con lo que vulneraría el derecho a recurrir ⁺⁺⁺⁺. La sentencia ejecutoriada constituirá título legal suficiente para la inscripción a favor del Servicio de Administración de Bienes o Activos Especiales, lo cual parece errado, pues lo lógico sería que se realice la inscripción ante el Registro de la Propiedad correspondiente.

⁺⁺⁺⁺ Art. 62.- La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venta o transfiera a la tenencia en todo o en parte de bienes, muebles, cosas o semovientes, conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años. Sí por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos, o contratos, son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad de 2 a 6 meses.

⁺⁺⁺⁺ Art. 76, m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

La Ley regula adecuadamente la cooperación nacional^{§§§§§§§§§§} entre las entidades, organismos e instituciones públicas y privadas, así como también de la cooperación internacional, la cual servirá para dar cumplimiento a las obligaciones de cualquier forma de cooperación judicial, penal, policial o administrativa, bajo la aplicación del principio de reciprocidad, de conformidad a los procedimientos establecidos en los convenios, tratados o acuerdos suscritos y ratificados por el Ecuador.

Finalmente, la monetización de los bienes constituidos como activos especiales y que cuenten con sentencia ejecutoriada de extinción de dominio a favor del Estado, será invertida en programas destinados a la protección integral de niñas, niños y adolescentes en condiciones de doble vulnerabilidad. Se reconoce la posibilidad de destruir bienes^{*****}, en determinados casos: aquellos que por su estado de conservación no se les puede dar otro destino, los que se encuentren en evidente estado de descomposición los que, por su volumen, la enajenación, disposición o donación resulte inviable, las que el juez determine que deben ser destruidos y respecto de los cuales exista disposición legal de destrucción, en cuyo caso, deberemos remitirlos a los dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal.

^{§§§§§§§§§§} Art. 57.- Obligación de cooperar. En todas las etapas del procedimiento de extinción de dominio, las entidades, organismos e instituciones públicas y privadas estarán obligadas a cooperar y deberán remitir la información o documentación requerida por la o el Fiscal o la jueza o juez en el término de dos (2) días, o señalar el lugar en donde pueda encontrarse, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas que tuviere lugar.

^{*****} Art. 73.- Bienes sujetos a destrucción. Se considera como bienes respecto de los cuales se podrá proceder a su destrucción los siguientes:

1. Los que por su estado de conservación no se les pueda dar otro destino;
2. Los que se encuentren en evidente estado de descomposición, adulteración o contaminación que no los hagan aptos para ser consumidos o que puedan resultar nocivos para la salud de las personas;
3. Los que, por su volumen, la enajenación, disposición o donación resulte inviable por las repercusiones negativas que se pudiesen tener en el mercado interno;
4. Los que la jueza o el juez determine que deban ser destruidos; y,
5. Respecto de los cuales exista disposición legal que ordene su destrucción.

En toda destrucción se deberán observar las disposiciones de seguridad, salud, protección al medio ambiente y demás que resulten aplicables. La Autoridad Administradora, deberá probar fehacientemente la destrucción de dichos Bienes.

El hecho de que la ciudadanía tenga la ocasión de constatar, a través de sus propios sentidos que los bienes adquiridos mediante la comisión de cualquier delito, pero especialmente delitos de corrupción, no se quedan en poder de los sentenciados, quienes además del escarnio público y de las penas privativas de la libertad que se les puedan imponer en el proceso penal correspondiente, no gozarán de sus ganancias, hace que sea menos atractivo incursionar en ese rumbo, sin embargo el proceso no debería generarse vulnerando los derechos constitucionales⁺⁺⁺⁺⁺.

V. CONCLUSIONES

La bandera de la lucha contra la corrupción y criminalidad organizada, así como la necesidad de ir adecuando la normativa de conformidad a los requerimientos de la sociedad, genera que los poderes públicos reaccionen con acciones legislativas inmediatas, sin embargo, en ocasiones precipitadas y poco reflexivas, eficaces al menos en teoría, porque la práctica⁺⁺⁺⁺ desmiente las bonanzas de muchas de las creaciones del legislador.

Una de las cuestiones que más exacerban a la opinión pública es constatar que en los asuntos relacionados con la corrupción y el crimen organizado que llegan a

⁺⁺⁺⁺ Hasta la entrega del presente artículo, la Presidencia de la República no ha expedido el Reglamento a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio y la Fiscalía General del Estado no ha brindado a sus fiscales la capacitación que se establece en la disposición transitoria tercera, por lo que aún no se puede ampliar la posible problemática que se presente en un proceso de extinción de dominio.

⁺⁺⁺⁺ Sobre los fines del comiso, Guillermo Jorge destaca lo siguiente: “En Europa continental predomina la idea de que el decomiso del producto del delito debe ser regulado como una sanción penal. Y ello es así a pesar de que las razones para regularlo difieren. En algunos países, como Holanda o Suecia, el decomiso del producto del delito está vinculado a la idea de la restitución al estado anterior, tanto hacia las víctimas como, más genéricamente, a la idea de que “el crimen no debe pagar” (restaurativo); en otros países, como España o Bulgaria, el decomiso del producto del delito se fundamenta en los efectos disuasorios que tradicionalmente se han asignado al castigo penal (prevención general, prevención especial); aun en otros, como Suiza, el decomiso del producto del delito se asocia a la idea de que la acumulación de capital en manos de organizaciones delictivas es un fenómeno socialmente peligroso.” *Recuperación de Activos de la Corrupción*, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008. P. 74.

juicio, terminan con sentencias condenatorias que distan mucho de ser ejemplarizantes y de cumplir de manera integral con los efectos preventivos generales y especiales, y retributivos de las penas. Ha sido notorio el fracaso en la política de recuperar los elementos patrimoniales relacionados y derivados de esos ilícitos, aun cuando si existen las figuras jurídicas para realizarlo, pero en la práctica han sido poco aplicadas por las barreras que se presentan, por lo que el delito sigue resultando provechoso para los infractores.

La localización, identificación, seguimiento y finalmente el comiso o recuperación de los medios, instrumentos y productos del delito, ya sea en el ámbito civil o penal, deben ser estructurados tomando como antecedentes los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de otras legislaciones, pero adecuados a la realidad jurídica del Ecuador. Se deben evitar las posibles vulneraciones de derechos consagrados en la Constitución de la República, pues siempre estará latente la posibilidad de consultar la constitucionalidad de la norma aprobada por el legislativo.

La recuperación de bienes probablemente sea la mejor manera de combatir el crimen organizado reduciendo, de manera infalible, su capacidad operativa. Sin embargo, es indispensable que el legislador tenga claro que estos procesos no se deben llevar a cabo vulnerando los derechos constitucionales consagrados, pues estaríamos frente a una regresión de derechos, populismo penal y derecho penal de autor, todo en aras de la lucha contra la corrupción.

Aun cuando se considere que la Ley Orgánica de Extinción de Dominio será la herramienta que permita la recuperación de bienes que el comiso penal no ha logrado por las limitaciones que se reconocen en la práctica, para que los organismos encargados de aplicarla tengan éxito, deberían estar dotados de personal especializado, tanto formado en investigaciones financieras para poder rastrear los bienes, como juristas experimentados para la efectiva aplicación de la extinción de dominio. Deberán contar con accesos a bases de datos, o la

posibilidad de investigar juntamente con otros organismos. Y a pesar de todo ello, la falta de recursos con los que cuentan las instituciones públicas probablemente haga que la Ley quede en letra muerta como ha pasado en reiteradas ocasiones en nuestra realidad jurídica.

VI. REFERENCIAS

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, “Capítulo 33. Comiso”. En ORTIZ DE URBINA, Gimeno Íñigo, *Memento experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre S.A., 2010.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Art. 127”. En: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, MIR PUIG, Santiago (Dir.), *Comentarios al código penal: reforma 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy, “El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación penal peruana”. En *Revista PUCP*, N° 81, 2018.

GARCÍA PABLOS, Antonio, *Introducción al Derecho Penal, General*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ª edición, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Tecnocrimen”. En José Luis GONZÁLEZ, María Luisa CUERDA (directores), Antonio FERNÁNDEZ (coordinador), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GORJÓN BARRANCO, María Concepción, “El comiso ampliado como paradigma del moderno Derecho Penal”. En *Revista Penal*, N.º 38, Valencia, julio de 2016.

GRACIA MARTÍN, Luis. BOLDOVA PASAMAR, Miguel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GUILLERMO, Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

HASSEMER, Winfried, “Localización de ganancias: Ahora con el Derecho Penal”. En *Revista de Ciencias Penales*, Vol. I, núm. 1, 1998.

JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, *La recuperación de activos frente a la corrupción. (La oficina de recuperación y gestión de activos)*. Dykinson, Madrid, 2016.

JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, Francisco, “Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos”. En *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La pena del comiso en el proyecto de Código Penal”. En *Anuario de Derecho Penal*, vol. XXXIV, fasc. II y III.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*. Navarra, Aranzadi S.A., 5º edición, 2011.

MIR, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 8ª edición, Barcelona, 2008.

NASH, Claudio, AGUILÓ, Petro y otros. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.

PRATS CANUT, Josep y MORÁN MORA, Carolina, “Título VI. De las consecuencias accesorias”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*. 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Delimitación del concepto penal de corrupción”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 25, 2004.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*. Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2017.

SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Judel y PIÑOL RODRÍGUEZ José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. 5.^a ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tercera edición, Bogotá D.C.: Librería Jurídica COMLIBROS, 2007.

ZARAGOZA, Javier. “La nueva regulación del comiso de bienes en el Código Penal y en el Derecho Comparado”. En, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, N.º. 10, Madrid, 2006.