

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN AMÉRICA LATINA. UNA ALTA LECCIÓN PARA SU CONFIGURACIÓN EN VENEZUELA, A PROPÓSITO, DE LA SENTENCIA 315 DE 28-04-2023 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Emilio J. Urbina Mendoza

*Doctor en Derecho (Universidad de Deusto – Bilbao)
Profesor de Doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *La extinción de dominio es un instituto originario del constitucionalismo liberal, tanto en su vertiente de comiso autónomo (derecho angloamericano – non conviction based – unexplained wealth orders) como la propia extinción de dominio acuñada por primera vez en la legislación agraria de Colombia (1936). Tras su éxito en el combate civil contra la delincuencia organizada en la nación neogranadina, se dilató hacia el continente con características que lo hacen una invención original del derecho latinoamericano junto al amparo constitucional. Desde su concreción en la Constitución de Colombia de 1991, la extinción de dominio fue paulatinamente extendiéndose, logrando concretarse una Ley Modelo creada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (ONUDC) en 2011. Desde entonces, la justicia constitucional se ha pronunciado sobre el instituto, moldeándolo, limitándolo, estableciendo coordinaciones con el resto del sistema patrimonial, y por sobre todo, haciendo énfasis en los valores constitucionales consustanciales al derecho de propiedad, más que el estudio de los atributos de ésta última. En Venezuela, con la introducción de la extinción de dominio, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 28 de abril de 2023, abordó el carácter orgánico de la ley de extinción de dominio bajo una peligrosa falacia, la ignoratio elenchi (conclusión inatinente por ignorancia del asunto), desdibujando y colocándose en contravía de las grandes líneas que sobre extinción de dominio ha construido la justicia constitucional en América Latina. Este artículo aborda estas dos realidades, la primera, cómo entre 1996 y 2023 existe un subsistema de extinción de dominio creado por la justicia constitucional, y la segunda, sobre la errónea concepción de la Sala Constitucional del TSJ sobre el instituto.*

Palabras Clave: *Extinción de Dominio, Justicia Constitucional, Derecho patrimonial, Falacias de atinencia.*

Abstract: *Asset forfeiture is an original institute of liberal constitutionalism, both in its aspect of civil forfeiture (Anglo-American law - non conviction based - unexplained wealth orders) and the asset forfeiture itself coined for the first time in the agrarian legislation of Colombia (1936). After its success in the civil combat against organized crime in the Colombian nation, it spread to the continent with characteristics that make it an original invention of Latin American law along with constitutional protection. Since its concretion in the Constitution of Colombia of 1991, “la extinción de dominio” was gradually extended, managing to concretize a Model Law created by the United Nations Office on Drugs and Crime (ONUDC) in*

2011. Since then, constitutional justice It has ruled on the institute, shaping it, limiting it, establishing coordination with the rest of the patrimonial system, and above all, emphasizing the constitutional values inherent to property rights, rather than the study of the latter's attributes. In Venezuela, with the introduction of asset forfeiture, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, in a ruling dated April 28, 2023, addressed the organic nature of the asset forfeiture law under a dangerous fallacy, the *ignoratio elenchi* (inappropriate conclusion due to ignorance of the matter), blurring and positioning itself contrary to the main lines that constitutional justice in Latin America has built on extinction of domain. This article addresses these two realities, the first, how between 1996 and 2023 there is a domain forfeiture subsystem created by constitutional justice, and the second, about the erroneous conception of the Constitutional Chamber of the TSJ about the institute.

Key words: Asset forfeiture, Constitutional Justice, Patrimonial law, Relevance fallacies.

I. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO. UNA INSTITUCIÓN RESPETABLE DE LATINOAMÉRICA PARA LATINOAMÉRICA.

Comienzo estas reflexiones partiendo del grave problema que encierra, en nuestro mundo moderno, a muchas mentalidades, cuando aparece un concepto o instituto que no se incardina en nuestras tradiciones o esquemas epistemológicos. Hacemos referencia a la tentación reduccionista en el pensar, atinadamente expuesta por el centenario Édgar Morín¹, que aniquila las iniciativas, sofoca la heurística y empobrece la praxis. Esta versión, consecuencia de una modernidad militante que niega aceptar otras versiones modernas, más allá de cualquier afiliación ideológica, sofoca la tranquilidad de quien excogita ante nuevos datos sobre los cuales aparecen en el escenario. Como quiera, debo recordar que nos formamos en la filosofía del Derecho y la ética, en estudios que en nuestro país son poco comunes para no decir inexistentes. Siempre hemos apostado por evitar la innovación de las modas, que es ajena a la dogmática jurídica. Más, sin embargo, creemos firmemente que la salvaguarda del Derecho, sin estancarse en épocas superadas, descansa siempre en apostar por la heterodoxia en los enfoques temáticos. De esta forma se preserva la tradición y se abre espacios para la renovación sin trastocar el sistema.

Entre los nuevos conceptos en el horizonte jurídico venezolano, tenemos la introducción de la consolidada -y ya tradicional- institución de la *extinción de dominio*, quizá junto al amparo constitucional, creaciones originarias del Derecho latinoamericano previo a la construcción del sistema de derechos fundamentales en 1945.

No voy a explicar en esta oportunidad sobre los orígenes de la extinción de dominio. Para ello remito a nuestros trabajos publicados donde se da cuenta², con suficiente documen-

¹ Véase Morin, Edgar. "Fabrication des villes de demain: méthode d'approches d'un territoire dans sa complexité urbain", Asociación Rêves de Scène Urbaines, Cátedra ETI-Université Paris I (Panthéon-Sorbone). IAE, París, Maison de Sciences de l'Homme du nord. Palabras pronunciadas el 14 de septiembre de 2018.

² Al respecto, véase los trabajos publicados conjuntamente con el abogado Rafael Simón Jiménez Tapia. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Colección Biblioteca "Allan R. Brewer-Carías" del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, 2020, 260 pp. Esta edición fue reimpresa a principios de abril del año 2023, dado que su tiraje original se había agotado en febrero de 2021. Nosotros nos incorporamos a la Co-

tación histórica, sobre el inicio del instituto, que, paradójicamente, tiene raíces en esencia del Derecho liberal y no en el estado social como el reduccionismo ha querido presentarlo erróneamente, todo porque fue introducido por el gobierno del socialismo del siglo XXI. Incluso, cuando no estaba bajo el haz público el concepto que en su momento fue incluido -muy a medias- por la Asamblea Nacional electa en 2015, en el proyecto de Ley de Recuperación de Activos producto de la Corrupción (en adelante LERAPC)³, nos atrevimos a presentarlo en Venezuela como parte de un sistema más que como panacea.

Por ello, más allá de cualquier consideración, debo cumplir con mi responsabilidad histórica ante el Derecho venezolano, pues, siempre reafirmaremos que el problema no es la extinción de dominio, es el contexto cómo vaya a aplicarse, sobresaliendo, la falta de un Poder Judicial debidamente formado en esta materia y con la capacidad de trabajar de forma independiente al resto de los órganos del Poder Público. De allí nuestros testimonios audiovisuales y posturas que hemos impartido en el programa doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, con los fundamentos y mecánicas sobre la extinción de dominio, cuando no, en seminarios virtuales⁴ sobre la materia desde el año 2020.

munidad Internacional de Conocimiento en recuperación de activos, patrocinado por el Basel Institute on Governance (CCERA-ICAR - Basilea-Suiza), a mediados del año 2021, entre quienes lo conforman, casi en su totalidad, los expertos que redactaron la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de 2011. Esto nos obligó a la ampliación del tratado sobre extinción de dominio que habíamos publicado en Caracas en diciembre de 2020. En noviembre de 2021, gracias a las gestiones del profesor Allan Brewer-Carías y al editor Francisco Olejnik, aparece publicado en Buenos Aires la edición iberoamericana de *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021, 217 pp. Este último título, con la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio, se adaptó para la comunidad jurídica iberoamericana con menos alusiones al Derecho venezolano que sí profundiza en la edición publicada por Editorial Jurídica Venezolana en 2020.

³ Este proyecto de ley fue aprobado por la Asamblea Nacional en primera discusión en 2017, y aprobado, por la plenaria, para segunda discusión el 4 diciembre de 2018 como atestiguan las notas de prensa de la época. Es más, la sesión quedó grabada y puede reproducirse en: <https://www.youtube.com/watch?v=IrpSILLcj3Y>. Quien presentó la ley fue la Comisión Permanente de Contraloría, en manos del entonces Presidente de esa Comisión, el Diputado Freddy Superlano. Contemplaba en su Capítulo III del Título III con el mote “De Acción de Extinción de Dominio” (Arts. 56-60), regulaciones que en buena medida no se correspondían con el desarrollo dogmático del instituto en el continente. Este tipo de distorsiones son las que desdibujan la ED haciéndola muchas veces inócua e inerte ante el flagelo de la corrupción. Para revisar los pormenores del asunto con la LERAPC, véase Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 218-232.

⁴ En específico dictamos tres seminarios virtuales co-organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, la Fundación Universitas, Transparencia Venezuela, la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y la Cátedra Domínguez Guillén de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Así, dejamos los enlaces: Primero: 20 de enero de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=SDNXIRN9MH4> con participación del profesor Gilmar Santander Abril, co-redactor de la Ley Modelo de Extinción de Dominio, y asesor internacional para el programa de asesoramiento en extinción de dominio para América Latina. Segundo: 05 de febrero de 2021: <https://www.youtube.com/watch?v=h2tmgOfqb7E&t=497s> co-organizado por Transparencia Venezuela y ponencia con la profesora Mercedes de Freitas. Tercero: 10 de abril de 2023: <https://www.youtube.com/watch?v=w7cUQfeF9zQ&t=959s>

Ahora bien, sí debemos confesar que la introducción de un proyecto de ley en Venezuela nos tomó por sorpresa, pues, a pesar de nuestros esfuerzos por concretar la extinción de dominio en la república, con sus pautas previas para evitar una mixtificación del instituto⁵; el 31 de marzo de 2023 fue presentado -y aprobado en primera discusión- ante el Hemiciclo de la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley Orgánica sobre Extinción de Dominio (en adelante LOED).

La comunidad jurídica venezolana apenas se enteró de este proyecto doce horas antes a través de las cuentas en redes sociales de la Secretaría de la Asamblea Nacional, cuando, se procedió a publicar el orden del día para la sesión calificada de “especial”. Fuera de esta notoriedad comunicacional, así como de la sesión televisada, no se conocía por ninguna fuente sobre la existencia de este proyecto.

1. *¿Cuál es el fundamento global para extender la Extinción de Dominio en América Latina y su recepción por la Justicia Constitucional a nivel del sub-continente?*

Debemos expresar, antes que cualquier otra valoración metajurídica, el valor constitucional de la institución de la extinción de dominio (en adelante ED) para América Latina y sus más que comprobados resultados en eficiencia y eficacia para la recuperación de activos producto de la corrupción. La extinción de dominio, junto al amparo constitucional, son creaciones netamente latinoamericanas sin cuestionamiento alguno, como expliqué en líneas anteriores.

La expansión de la primera por el continente ha ido más allá de los moldes originarios del Derecho constitucional colombiano, e inclusive, de las más inimaginables proyecciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante ONUDC) cuando concretó en 2011 la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio (en adelante LMEDO).

Toda nuestra experiencia en ED nos autoriza para la preparación de este trabajo, no para atacar los cimientos o endilgarle calificativos -ideológicos o pragmáticos- que no se corresponden con la seriedad de la ED según el Derecho comparado. Queremos enriquecer a la ED para que su aplicación en Venezuela, de ser así, sea de las más limpias ejecutorias y frene cuanto antes la terrible “lacra” que se ha convertido la corrupción. Según estimaciones del Banco Mundial, genera el equivalente al 5% del PIB global, es decir, unos 3,5 billones de dólares⁶. Una cifra, que además de escandalosa, es la muestra gráfica de la gravedad del fenómeno corrupto.

Preliminarmente debo indicar que la extinción de dominio no es un instituto creado como sólo un recurso de la política criminal trazada por Naciones Unidas en la coordinación del

⁵ En específico, véase Jiménez Tapia, Rafael S. y Urbina Mendoza, Emilio J. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana – Colección Biblioteca “Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, N° 3, 2020, pp. 209-240. Específicamente el Capítulo Quinto, intitulado en su oportunidad como “El Comiso Autónomo y la Extinción de Dominio. Pautas para su futura recepción en Venezuela”. Hemos sido muy cuidadosos, tanto académica como procesalmente, pues, sabemos de antemano que no será una tarea fácil implementar la extinción de dominio en un país donde sus tradiciones jurídicas no son abiertas a las nuevas ramas del Derecho o a los conceptos jurídicos que puedan alterar el estatus quo presentes, e intensificados, desde la puesta en vigencia de la Constitución de 1999.

⁶ Véase Fernández Díaz, Andrés. “Nuevas aportaciones a la economía de la corrupción”. En: *Revista española de control externo*, Vol. 12, N° 36, 2010, Madrid, Tribunal de Cuentas del Reino de España, pp. 150-151.

combate contra la corrupción. Si bien es cierto el término es de vieja data en el continente suramericano, su concreción requirió una evolución internacional en la concepción sobre lo que significa la corrupción y su forma más eficiente de enfrentarla.

En específico las Naciones Unidas comprendió que el enfoque puramente sociológico -vinculado a lo penal- con el cual se abordaba la corrupción resultó además de insuficiente, impreciso. Al corroborarse que el fenómeno corrupto no es sólo atinente a las “naciones del tercer mundo”, sino que, la presencia más activa ocurría en el interior de las grandes corporaciones empresariales transnacionales; se rehízo completamente el fundamento teórico de estudio.

De la visión sociológica, imperante durante casi todo el siglo XX, ocurrió un salto cualitativo al comprender que el problema corrupto es una consecuencia de la “deficiencia organizacional”, es decir, que aparecerá el fenómeno siempre y cuando ocurran algunos condicionantes sea en la prístina Suecia o en las naciones africanas de permanente conflicto. Esto conllevó a comprender a la corrupción en tres aspectos teóricos que confluyen para concretar nuevos instrumentos “no punibles” para enfrentar a la corrupción.

La primera arista fue la concepción de la *teoría del agente*, en la famosa ecuación de Klitgaard⁷, en la cual, se definía a la corrupción como el resultado (C) de la suma del Monopolio decisional del funcionario (M) más discrecionalidad administrativa (D) menos rendición de cuentas (A). La fórmula se precisa así:

$$C = (M + D) - T$$

El segundo componente que viene a complementar la ecuación citada *ut supra*, es la teoría de la conducta racional y los costos delictuales⁸, que explicaremos con más detalles cuando abordemos el concepto de Acuerdo Corrupto. La extinción de dominio es un instrumento para encarecer los costos delictuales, afectando directamente al patrimonio del “titular aparente” y de quienes que cooperan con él. Como ha señalado el Premio Nobel de Economía, Gary Becker -citado por Tablante y Morales-, en materia como la corrupción, los agentes corruptos:

“(…) analizan la relación entre costos por la práctica de la corrupción, los beneficios financieros, así como la probabilidad de eventual prisión y devolución de las ganancias ilícitas (...)”⁹.

La actividad delictual organizada, y más propiamente la corrupción, como su palabra lo dice, *no es propia de personas irracionales*¹⁰. Al contrario. Su presencia e intensidad

⁷ Para más detalles, véase Jiménez Sánchez, Fernando. *El olvido de los determinantes socio-políticos de la corrupción y el fracaso de las reformas anticorrupción*, Salamanca, Programa del master en línea de Políticas Anticorrupción, Tirant lo Blanch formación-Universidad de Salamanca, 2019, pp. 3-4. En relación al papel de la transparencia, véase Hood, Chr., “Accountability and Transparency: siamese twins, matching parts or awkward couple”, *West European Politics*, N° 33, 2010, pp. 989-1009. En nuestro libro *El comiso autónomo y la extinción de dominio*, Caracas EJV-UCAB, 2020, pp. 130-138.

⁸ Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. cit.*, pp. 133-134.

⁹ Tablante, Carlos. y Morales, M. *Impacto de la corrupción de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2018, pp. 113-114. Además, vale la pena señalar que los autores en referencia resaltan el resultado de varias entrevistas realizadas en Sao Paulo (Brasil), hacia convictos por delitos de asalto a bancos, quienes manifestaron “sentir pánico por quedarse pobres y sin el botín a ser arrestados en la frustración del robo”.

¹⁰ Rodríguez López, Fernando. *Análisis económico de la corrupción*, 2019, pp. 1-2.

dependerá de la capacidad racional para tomar decisiones en base a la ecuación utilitaria de ganancias y costes, pues, más que “niveles de corrupción”, lo que existe es corrupción organizada o caótica. Por ello, más allá de la implementación de formas severas en las penas, lo fundamental para un sistema sancionador eficaz será aquel que incremente los costes de la sanción, hasta el punto de superar las utilidades esperadas por la conducta ilícita¹¹.

El tercer punto de apoyo en el trípode explicitado es el *Acuerdo Corrupto*, citando terminología de Boehm y Graff¹². Estos definen a los mismos como:

“(…) es un contrato a la sombra de la ley, secretos, de acceso limitados y profesionales (…)”

Esto denota varios componentes calificados, que a pesar de ser ilegales, perfectamente pueden enmarcarse dentro de la *teoría neoclásica del negocio jurídico*, que son sujetos, objeto y causa, entendida ésta última como *la función económica-social del contrato, donde su utilidad estribaría sobre todo en explicar la sancionabilidad jurídica de las promesas y de esta manera, permitir la tipificación de los contratos*¹³.

Como negociación -que se potencia riesgosamente al estar al margen de la ley y no contar con mecanismos para su exigibilidad judicial- requiere de las más refinadas formas racionales conocidas, pues, como bien lo indica March Poquet, pueden ser explicadas bajo la *teoría de la elección racional (TER)*¹⁴. Según esta tesis, todo sujeto dentro de una negociación corrupta busca maximizar su poder y minimizar su sufrimiento, lo que incluye, oportunidades, costos y beneficios como en cualquier contrato legal que se suscriba. La única diferencia estriba en que, si se evidencia el contrato ante el sistema jurídico-constitucional, conllevaría necesariamente a sanciones de múltiples formas y dimensiones.

Como nadie busca ser sancionado, es decir, que, en toda elección racional, *ninguna persona en sus cabales persigue que lo penalicen*, entonces, se perfeccionan instrumentos y

¹¹ Debemos resaltar lo que apunta Santander Abril, Gilmar. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Washington DC, Ediciones de la Organización de Estados Americanos (OEA) – Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2017, p. 430 sobre el gran terror que le causa a los delincuentes económicos “perder las utilidades provenientes del delito” más que la privación de libertad. En efecto: “(…) Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos, pues ante los altos niveles de impunidad patrimonial que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legisladores no se prevé un procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “si vale la pena” (…)”.

¹² Boehm, Frédéric. y Graf Lambsdorff, Johann. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009, pp. 47-50.

¹³ Sobre esta noción del neocausalismo, véase la edición de Capitant, H. 2005, *De la causa de las obligaciones*, Analecta, Madrid. Ghestin, J. 1980, *Traité de Droit Civil. Les Obligations-Le Contrat*, L.G.D.J, París, Vol. II, n° 643, p. 532 y ss. En el mismo sentido, véase Giorgianni, M. 1965, “Obligazione (Diritto Privato)”, *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, Torino, Vol. XI, pág. 561. Marty, G. y Raynaud, P. 1962, *Droit Civil*, Sirey, París, N° 176 y ss., p. 160.

¹⁴ March Poquet, Josep. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, n° 91, 2017, p. 273.

procedimientos para obtener la mayor cantidad de ganancias posibles, inclusive, más allá de lo razonable porque subyace en el imaginario criminal que es muy plausible la frustración del delito, y por tanto, no se materialice el “próximo golpe”. Esto ha sido práctica en casi todo el planeta, hasta el punto que, la propia Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC 2003) reconoce su combate en todas las perspectivas posibles¹⁵, más allá de la esfera punitiva y de la clásica constitucional.

March Poquet resume entonces la TER en la siguiente ecuación¹⁶:

$$\text{Beneficio (E)} = \text{Ingreso} - \text{Costes} - f(\text{Severidad sanción}, P(\text{Pagar sanción}))$$

$$P(\text{Pagar sanción}) = P \left[\begin{array}{l} \text{Detección} \\ \text{Detención} \\ \text{Procesamiento} \\ \text{Condena} \\ \text{Cumplir condena} \end{array} \right]$$

De esta manera más que explicar los detalles de la teoría de la elección racional o la del negocio jurídico, nos interesa abordar los llamados *costes en la ecuación*, pues, son la premisa por la cual UNCAC 2003 contempla la figura del *comiso* autónomo, y en la Ley Modelo de extinción de dominio, las peculiaridades de esta figura latinoamericana. Los costes “(...) *corresponden a los gastos necesarios para realizar (y reproducir si es posible) los actos corruptos; principalmente son gastos de ocultación (empresas tapadera, testaferros, gastos de lavado de dinero sucio...) y gastos de protección (gabinetes de abogados, sobornos a policías y jueces, etc.) (...)*”¹⁷.

Nos interesa la estrategia de *encarecer los costes delictuales*, que como indicamos, es la asimilada a nuestro juicio por UNCAC 2003, donde, la figura del *comiso* autónomo y la *extinción de dominio* debería asumir un papel protagónico para incrementar los mismos hasta el punto de hacer la actividad criminal organizada de excesiva onerosidad, y por tanto, ser desechada como actividad racional para obtener beneficios. Como indica March Poquet, los costes en este sentido deben entenderse como “costes de ocultación”, es decir, gastos para ocultar y proteger el acuerdo corrupto. En estos sobresale, colocando de ejemplo, los gastos para mantener la fidelidad de un testaferro, la ingeniería financiera-contable para creación de empresas fantasmas, los honorarios profesionales de abogados con el objetivo de ocultar bienes, etc¹⁸.

Sin embargo, debemos partir que el *comiso* autónomo o sin condena, así como la extinción de dominio, es un instrumento de encarecimiento de costes; más, ésta es una herramienta para obtener la definitiva recuperación de los activos producto de esa corrupción que sería la consecuencia plausible de todo decomiso.

¹⁵ Vale la pena citar lo que establece uno de los párrafos del preámbulo de la UNCAC: “(...) Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una porción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados (...)”.

¹⁶ March Poquet, Josep. 2017, *Ob. cit.*, p. 273.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ March Poquet, Josep. 2017, *Ob. cit.*, p. 278.

Como explica Guillermo Jorge, estas acciones, además de encarecer costes, tienen una finalidad de evitar “(...) *que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales (...)*”¹⁹.

De esta manera, el *comiso* autónomo o sea la *extinción de dominio* son formas incontestables de incrementar los costos de cualquier empresa criminal de naturaleza económica, y más propiamente de la corrupción, pues, no sólo los sujetos que participan directamente pueden ser objeto de la acción, sino también terceros que no tienen ningún vínculo.

Esta concepción soportada en los tres ejes explicados por los cuales se fundamenta en teoría las formas “no penales” para combatir la corrupción, increíblemente en América Latina ha estado construida, inclusive antes de las aprobaciones de leyes sobre extinción de dominio, por la Justicia Constitucional. Es esta razón la que nos ha llevado, así como, la sentencia número 315 dictada el pasado 28 de abril de 2023 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación al carácter “orgánico” de la Ley de Extinción de Dominio venezolana, para cotejar cómo la Justicia Constitucional venezolana no se ha enfocado con las grandes líneas de sus pares latinoamericanas en relación a la ED.

Para este trabajo, por cierto, siguiendo las pautas que habíamos concretado en otra obra de reciente publicación²⁰; quiero rescatar el consejo del profesor Allan Brewer-Carías, sobre el valor de la jurisprudencia como una “auténtica mina”²¹. Y hemos seguido fielmente esta buena guía, que, en nuestro caso, es la recopilación y sistematización de toda la jurisprudencia constitucional que ha modelado en el subcontinente la extinción de dominio.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA. MÁS ALLÁ DE LA EXPERIENCIA DE COLOMBIA

Como apuntamos en el epígrafe anterior, la ED lleva décadas de consolidación en diferentes ordenamientos jurídicos. Ante las disputas que natural y racionalmente se suscitan en los países donde se introduce el instituto, quien termina de dilucidar y armonizar la ED con el sistema jurídico-constitucional es precisamente la Justicia Constitucional a través de su máximo intérprete como veremos en este punto.

Es innegable que existen opiniones disonantes sobre la extinción de dominio, como en efecto, ocurre en aquellos Estados donde por primera vez se introduce. Ya ocurrió en Centroamérica, en República Dominicana, en Bolivia donde hasta recurso de nulidad por incons-

¹⁹ Jorge, Guillermo. *La recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del puerto, 2008, p. 90.

²⁰ Véase Urbina Mendoza, Emilio J. *Jurisprudencia y Derecho. Métodos y Cliometría. Análisis e Investigación en Derecho III*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-AVIPRI, Colección Estudios Jurídicos N° 152, 2023.

²¹ Véase Brewer-Carías, Allan R. “Nota sobre la historia de las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, 1964”, en: Hernández, José Ignacio (Coord.). *Libro homenaje a las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana del profesor Allan R. Brewer-Carías en el cincuenta aniversario de su publicación 1964-2014*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 10 “(...) y allí me dediqué de lleno al estudio de la jurisprudencia constitucional y administrativa venezolana, habiéndome encontrado una auténtica “mina” de material académico, riquísima por cierto, pero ignorada o abandonada, que comencé a estudiar con toda calma y detalle, con la formidable técnica de investigación de jurisprudencia que aprendí en el Instituto (...)”.

titucionalidad fue declarado en contra del proyecto presentado por el propio Ejecutivo Nacional afiliados a la misma tendencia ideológica como explicaremos más adelante, ordenándose su revisión integral para adaptarlo al esquema justicialista que debe imperar en toda extinción de dominio.

En Venezuela no ha ocurrido la excepción, aunque, si llama poderosamente la atención que estas discordias están circunscritas a opiniones -alguna de ellas de calificados juristas y organizaciones que merece analizarse²²- que no han amalgamado una masa crítica como de suyo ocurre en este momento en Panamá o la ácida batalla contra la ED en Costa Rica²³. Más bien ha existido una cautela en cuanto a la emisión de opiniones. Sin embargo, es buen augurio para un país que recibe por primera vez la ED, cuando se suscitan controversias, siendo los primeros en oponerse el *establishment* jurídico tradicional. Y no es para menos. La carga de nuevos componentes, aunado a la necesaria formación dentro de la categoría del Derecho patrimonial, implica romper esquemas y conceptos tradicionales sobre los que se ha instalado la quietud de la denominada “jurisprudencia de intereses”.

1. *Modificaciones por la justicia constitucional latinoamericana de la Ley Modelo y el paradigma constitucional colombiano*

Es obvio que la Justicia Constitucional Colombiana, en específico, su Corte Constitucional ha moldeado a lo largo de 30 años la extinción de dominio en la nación neogranadina.

²² Véase Duque Corredor, Román J. “Comentarios preliminares sobre el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio”, en: <http://justiciayecologiaintegral.blogspot.com/2023/04/comentarios-preliminares-sobre-el.html?m=1> [Consulta: 2 de abril de 2023] También, véase “Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela”, en: Observatorio Venezolano de la Justicia: Acceso a la Justicia: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/> [Consulta: 18 de abril de 2023]

²³ La polémica suscitada en Costa Rica con la incorporación de la Ley 19.571 contentiva de la *Ley Especial Extinción de Dominio*, de fecha 10 de diciembre de 2015. Según el criterio de la Defensa Pública de Costa Rica, fue una iniciativa con una “(...) nefasta señal más de la expansión del poder represivo del Estado (...)”. Sobre la polémica véase Díaz, Natalia “Extinción de dominio: una facultad abusiva”, *Diario La República*, San José de Costa Rica, edición de fecha 10 de enero de 2019, en: <https://www.larepublica.net/noticia/extincion-de-dominio-una-facultad-abusiva> [Consulta: 10 de agosto de 2020]. Expresa la columnista lo siguiente: “(...) Pocas veces se ha visto, con tan buenos ojos, la violación del Estado de Derecho, como el apoyo que ha recibido el proyecto de ley 19.571 “Ley Especial de Extinción de Dominio; el cual, a primeras luces, pareciera un mecanismo legítimo para perseguir los bienes de origen o destino ilícito, a través de una vía judicial. Sin embargo, según criterio de la Defensa Pública de noviembre del año pasado, esta iniciativa es “...una señal más de la expansión del poder represivo del Estado...” Menciona en su respuesta que “...ante la idea de luchar contra el crimen organizado se obliga a los Estados a tomar medidas que adelantan y amplían esas intromisiones, antes reservadas a la previa demostración de la existencia de un delito y del correlativo comiso limitado al uso o procedencia de los bienes de dicha actividad, certeramente demostrada.”

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

Por eso partimos por diferenciar a Colombia del resto de naciones, que más allá de haber sido quien introduce en su legislación (agraria) la extinción de dominio (1936), fue la primera que lo elevó a rango constitucional en 1991²⁴. Este ejemplo lo seguiría México en 2017, al reformar la Constitución e incorporar la materia (Art. 22).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en extinción de dominio debe estar por el orden del millar de fallos, muchos de ellos, piezas de análisis y ejemplo sobre cómo una correcta Justicia constitucional adopta y moldea una institución donde están en juego no sólo el derecho de propiedad, sino también, el sistema de protección patrimonial, columna vertebral del desarrollo socioeconómico de una nación.

En primer lugar, sería la Corte Constitucional de Colombia quien establecerá unos parámetros provisionales, sobre todo de carácter procesal, entre 1991 y 1996, antes de la aprobación de la primera ley sobre extinción de dominio (Ley 333 de 1996)²⁵. Influirá la Corte en la aplicación y recta interpretación de este instrumento legal, así como, de la reforma con la polémica Ley 793 de 2002²⁶ y sus reformas, hasta allanar el camino del actual Código de Extinción de Dominio de 2014²⁷, reformado en 2017²⁸.

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional establecerá las pautas y zanjará los puntos polémicos relativos a las tensiones con el derecho de propiedad y su diferenciación en cuanto al origen y atributos; valores y componentes. De igual forma, determinó la justicia constitucional, los fundamentos sobre la separación de la dimensión sustantiva de la adjetiva de la ED. Veamos algunas decisiones.

En relación con el concepto de *actio in rem*, médula de la esfera procesal de la ED, tenemos:

“(…) es una acción que está estrechamente relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, ya que a través de ella el constituyente estableció el efecto sobreveniente a la adquisición, solo aparente, de ese derecho por títulos ilegítimos. Esto es así, al punto que consagra varias fuentes para la acción de extinción de dominio y todas ellas remiten a un título ilícito. Entre ellas está el enriquecimiento ilícito, prescripción que resulta muy relevante, pues bien, se sabe que el ámbito de lo ilícito es mucho más amplio que el ámbito de lo punible y en razón de ello, ya desde la Carta la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona estrechamente con el régimen del derecho de propiedad (...)”²⁹

²⁴ Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

²⁵ Ley 333 de 1996, de diecinueve de diciembre, mediante el cual se establece las normas de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos de forma ilícita. La Corte Constitucional sirvió para armonizar reglas que parecían enfrentarse, en específico, las provisionales contempladas en el Código de Procedimiento Penal de 1991 (Decreto 2700) y las de la propia Ley 333.

²⁶ Sobre esta ley existe la más paradigmática decisión de la Justicia Constitucional Colombiana en extinción de dominio, y es la sentencia C-740 de la Corte Constitucional de Colombia de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo vs. Ley 793 de 2002*).

²⁷ Ley 1708 de 2014 mediante el cual se crea el Código de Extinción de Dominio.

²⁸ Ley 1849 de 17 de julio de 2017, mediante el cual se reforma el Código de Extinción de Dominio.

²⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740 de fecha 28.08.2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2003/C-740-03.htm> [Consulta: 17 de agosto de 2020].

Esta sentencia también decidirá aspectos sobre las razones por las cuales se separa la noción de “ilicitud” de “punibilidad”, hasta el punto de fundamentar que:

“(…) el ordenamiento jurídico colombiano sólo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el Tesoro público y la moral social (...)”³⁰ (subrayado nuestro).

Y prosigue la Corte en dicho fallo C-740, sobre el tratamiento de la retroactividad de la acción:

“(…) Tratándose de una acción constitucional orientada a excluir el dominio ilegítimamente adquirido de la protección que suministra el ordenamiento jurídico, no pueden configurarse límites temporales, pues el solo transcurso del tiempo no tiene por qué legitimar un título viciado en su origen y no generador de derecho alguno. Mucho más si aún bajo el régimen constitucional anterior no fue lícita la adquisición del dominio de los bienes.

El supuesto según el cual sólo se pueden adquirir y mantener derechos procediendo de acuerdo con el ordenamiento jurídico y no contra él, impone que el dominio ilícitamente adquirido no pueda convalidarse en ningún tiempo, pues, de lo contrario, de fijarse plazos para el ejercicio de la extinción de dominio, para desvirtuar ese supuesto bastaría con mantener ocultos los bienes ilícitamente adquiridos por el tiempo necesario para la improcedencia de la acción, con lo que se legitimaría un título viciado en su momento originario. De allí que el Estado se halle habilitado para perseguir el dominio ilícitamente adquirido sin consideración a la época de la ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente (...)” (subrayado nuestro)

Son cientos de fallos que por el contexto de este trabajo no vamos a ventilar sobre la jurisprudencia colombiana, sino, será en otro libro que estamos preparando sobre las grandes decisiones de la jurisprudencia latinoamericana sobre extinción de dominio.

La expansión de la ED en el continente proviene de la adopción paulatina, desde 2011, de los preceptos y guías de Ley Modelo de Extinción de Dominio (LMEDO) aprobada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el marco del Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe. Este texto ha sido estudiado a lo largo de una década, así como, ha sufrido modificaciones por la propia jurisprudencia de las cortes y tribunales constitucionales más allá de la colombiana.

Por ejemplo, comenzamos con el problema de la denominada “imprescriptibilidad de la acción”, que salvo la Corte Constitucional del Ecuador (como explicaremos), ha sido moldeada de la siguiente manera:

“(…) en cuanto a la prescripción, - adquisición de derechos o liberación de obligaciones en aplicación de esa institución jurídica por el transcurso del tiempo-, no resulta aplicable al derecho de propiedad, cuando esta ha sido adquirida por medio de actos ilícitos, puesto que ello implicaría avalar un proceder contrario a derecho y la consolidación de actividades reprochables que vulneran constantemente y de forma permanente la seguridad jurídica, en ese sentido, no es susceptible de sanearse aquel vicio, por lo que debe ser perseguido. El legislador estableció la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio en uso de sus facultades constitucionalmente reguladas, actuando ante una realidad social que le imponía la necesidad de transformaciones sustanciales, pero respetando las garantías y postulados de la Ley Fundamental, cumpliendo con el principio de legalidad y protegiendo el derecho de propiedad lícitamente obtenida, no producto de actos antijurídicos. En otras palabras, la adquisición

³⁰ *Ibidem*.

ilícita de los bienes por medio de actos delictivos no prescribe, ya que, al nunca nacer a la vida jurídica, el derecho de propiedad no existe, por ser nulo desde su origen, lo que implica que no tenga protección estatal y pueda ser perseguido en cualquier tiempo, sin que ello implique un obrar ilegítimo hacia el pasado de manera retroactiva (...)”³¹ (subrayado nuestro).

Sobre este punto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, se ha pronunciado, más que todo para los casos de la transmisión de la propiedad “ilícita” a los sucesores y su nulidad:

“(…) El Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos, en consecuencia, la protección estatal, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito, importante también resulta anotar, que como sobre los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita no puede consolidarse derecho alguno, es evidente entonces que tampoco podrá transmitirse la propiedad de los mismos por quien figure como su titular, consecuentemente en el caso del heredero o legatario de un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita, también sufrirá las consecuencias del fallo de extinción de dominio, sin que pueda reclamar derecho de herencia alguno, dado que en razón de la ilícita procedencia del bien, el causante no les ha transmitido ningún derecho. (...)”³² (subrayado nuestro).

También existen visiones diametralmente opuestas a estas doctrinas jurisprudenciales constitucionales sobre ED, inclusive, en la misma materia abordada. Hacemos referencia a los polémicos fallos donde se declara “inconstitucional” la declaratoria de “imprescriptibilidad de la acción”, en los casos de Ecuador y México³³ en 2021.

³¹ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, en su sentencia de fecha 6 de mayo de 2014 (caso: *acción de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala Vs. Decreto N° 55-2010 de la Ley de Extinción de Dominio, exp. 1739-2012*)

³² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, de fecha 14/11/2013.

³³ Vale la pena destacar que, en 2019, México aprobó su *Ley Nacional de Extinción de Dominio*. Esta apareció publicada en Diario Oficial de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 09 de agosto de 2019 (edición vespertina). Consta de 251 artículos y además, se reformaron parcialmente el Código Nacional de Procedimientos Penales, la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector público, la Ley de Concursos mercantiles y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Estas modificaciones son para armonizar tanto los conceptos como procedimientos propios de la acción de extinción de dominio. El día 09 de septiembre de 2019, la COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MÉXICO, demandó la inconstitucionalidad parcial de los artículos 1, fracción V, incisos f), g), h), i) y j) en sus párrafos segundos, 2 fracción XIV, en la porción normativa “o bien, el uso o destino lícito de los Bienes”, 5, párrafo segundo, en la porción normativa “La información obtenida por el Ministerio Público para la preparación de la acción de extinción de dominio, será estrictamente reservada hasta que la misma sea presentada ante la autoridad judicial”, 7, fracciones II, IV y V, 9, numerales 2, en la porción normativa “o destinación”, y 4, 11, párrafo primero, 15, 16, fracción II, 173, párrafo segundo, en la porción normativa “En caso de urgencia u otra necesidad debidamente fundamentada, el Ministerio Público podrá adoptar tales medidas, debiendo someterlas a control judicial posterior tan pronto sea posible”, 177, último párrafo, 190, párrafo quinto, en la porción normativa “En los casos en los cuales no se pueda recabar la autorización respectiva, por razón de la hora, del día, de la distancia o del peligro en la demora, se deberá informar y justificar dentro de los cinco días siguientes, ante el órgano jurisdiccional”, 228, inciso a), y Sexto transitorio, todos de la Ley. El 21 de junio de 2021, la Suprema Corte de la Nación Mexicana, declaró inconstitucional parcialmente la demanda presentada por esta comisión (expediente 100/2019).

La situación de la sentencia en Ecuador, además de discutible, generó polémica entre los especialistas en ED de toda la región. Nosotros analizamos los puntos polémicos del fallo de la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, mediante un dictamen de fecha 17 de marzo de 2021 (N° 1-21-OP/21), con ponencia de la magistrada Daniela Salazar Marín, se estableció una forma anómala de interpretar la imprescriptibilidad de la acción. En ese momento, la hoy vigente Ley Orgánica de Extinción de Dominio del Ecuador era un proyecto que se sometía a controles previos de constitucionalidad. Al respecto, se pronunció sobre la imprescriptibilidad de la acción declarándola “inconstitucional”, en razonamiento extenso que pasamos a transcribir *in toto*:

“(…) 47. En línea con lo expresado en los párrafos precedentes, la Corte considera que la razón provista por el presidente de la República para objetar el carácter imprescriptible de la acción no es suficiente para viciar de inconstitucionalidad a estas normas. Esto es así puesto que, si bien los artículos 46, 80, 233, 290 y 396 de la Constitución establecen supuestos de imprescriptibilidad de acciones reconocidos constitucionalmente, ello no implica que exista una prohibición absoluta de establecer otros supuestos de imprescriptibilidad, siempre que se lo haga en respeto del principio de reserva de ley y que el legislador determine si existe una obligación derivada de otra fuente supra legal u otras razones que justifiquen su inclusión a la luz de la Constitución.

48. Respecto a lo primero, la Asamblea ha manifestado que el Proyecto de Ley responde al cumplimiento de obligaciones internacionales del Ecuador como suscriptor de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, y la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Todos estos instrumentos contienen disposiciones relativas a la obligación del Estado de fijar plazos de prescripción prolongados para el juzgamiento de los delitos comprendidos en cada una de estas convenciones. Sin embargo, la obligación internacional se limita a las acciones para perseguir los delitos contenidos en dichos instrumentos y se refiere a la necesidad de establecer plazos prolongados, mas no a establecer la imprescriptibilidad. En consecuencia, la Corte no identifica que exista una obligación internacional de dotar de imprescriptibilidad a la acción de extinción de dominio.

49. Resta entonces por analizar si existen razones derivadas de principios o valores constitucionales que justifiquen la inclusión de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio y que provean un beneficio que sea proporcional a la afectación generada al derecho a la seguridad jurídica.

50. Para ello, conviene primero analizar las razones provistas por la Asamblea para defender la constitucionalidad de la inclusión de esta figura al Proyecto de Ley. Al respecto, la Asamblea manifiesta que la imprescriptibilidad se estableció como una consecuencia del principio de nulidad de origen, bajo la consideración de que el paso del tiempo no hace lícito el origen de los recursos ilícitos con los que se adquirió un bien, y de que en el caso contrario se estaría legalizando el lavado de activos por el paso del tiempo. A partir de lo anterior, la Asamblea sostiene que el Estado, en ejercicio de su soberanía, tiene la atribución de declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier tiempo.

51. La Corte observa que, en el razonamiento de la Asamblea, se encuentra implícita la idea de que la prescripción cumple una función de “saneamiento” de vicios. A juicio de esta Corte la razón ofrecida por la Asamblea parte de una confusión conceptual respecto a la naturaleza y objeto de la institución de la prescripción. La prescripción no tiene como objeto validar actuaciones anteriores o sanear algún vicio del bien, sino proveer un mínimo de certeza en las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el que la acción por vicios redhibitorios de bienes muebles prescriba en 6 meses, no implica que transcurrido ese tiempo se haya saneado el vicio del bien, sino únicamente que ya no se puede intentar la acción para reclamar en vía judicial.

52. Lo anterior resulta aun más claro si se considera la prescripción de las acciones y penas de los delitos. Si se asume como cierta la tesis planteada por la Asamblea, esta también implicaría que, una vez cumplido el plazo de prescripción de la acción o de la pena de un delito, el efecto sería que esta conducta deje de ser ilícita por el paso del tiempo y pase a ser aceptada por el ordenamiento jurídico, cuando este no es el caso.

53. A la luz de lo anterior, la Corte considera que las razones provistas por la Asamblea no justifican la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio. Por lo demás, el argumento del legislativo relativo a la soberanía del Estado es insuficiente para declarar inexistente el derecho de dominio en cualquier momento, pues implicaría desconocer los límites impuestos a la conducta del Estado por el derecho constitucional a la propiedad.

54. Como se señaló en este Dictamen, la lucha contra la corrupción puede justificar la creación de nuevos mecanismos que respondan a la complejidad de este y otros fenómenos delictivos y, ello puede llegar a encontrar justificación en la función social del derecho a la propiedad. Sin embargo, la Corte considera que la imprescriptibilidad de una acción susceptible de afectar a todo bien que el Estado considere obtenido mediante un acto contrario al ordenamiento jurídico, impone una carga excesiva y desproporcionada a todas las personas, en la medida en que implicaría que las justificaciones respecto a la licitud de todo bien y de los fondos utilizados para adquirirlo deban ser preservadas por todas las personas a perpetuidad e incluso por sus herederos, a riesgo de que, en un tiempo futuro, infinito e indeterminado, el Estado les imponga la obligación de demostrar la licitud del bien so pena de ver extinguido su derecho de dominio sobre el mismo.

55. Esta situación se agrava aun más si consideramos que la extinción de dominio, al referirse a bienes con independencia de quién sea su propietario, tiene la potencialidad de afectar a terceros que hayan adquirido bienes de buena fe, los cuales igualmente pasarían a estar obligados a preservar a perpetuidad las pruebas respecto a la adquisición de todo bien y frente a quienes el Proyecto de Ley no establece mecanismos adecuados para que puedan hacer valer sus derechos en el proceso de extinción de dominio.

56. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el carácter imprescriptible de la acción de extinción de dominio es inconstitucional por ser incompatible con el derecho a la seguridad jurídica, reconocido en el artículo 82 de la Constitución. Consecuentemente, procede la objeción presidencial respecto al carácter imprescriptible de la acción fijado en el artículo 4 del Proyecto de Ley y, por conexidad, la inconstitucionalidad del artículo 14 literal d) del Proyecto de Ley.

57. De acuerdo con el artículo 139 de la Constitución, en concordancia con el artículo 132 de la LOGJCC, cuando la Corte declara la inconstitucionalidad parcial de un Proyecto de Ley, la Asamblea Nacional debe realizar las enmiendas necesarias para adecuarlo a los términos previstos en el dictamen, para que luego pase a sanción del presidente de la República. Al respecto, es pertinente señalar que determinar el tiempo de prescripción de una acción es un aspecto de configuración legislativa, que, siempre que establezca un tiempo razonable para el ejercicio de la acción, no riñe con ningún precepto constitucional. En consecuencia, el legislador cuenta con un amplio margen para establecer el término de prescripción que considere oportuno. (...)” (subrayado nuestro)

Sin entrar a discutir sobre los métodos de interpretación constitucional empleados por la Corte Ecuatoriana, así como, no guardamos ningún rencor sobre su abordaje y tratamiento de la imprescriptibilidad de la acción de extinción de dominio; hemos encontrados algunas fallencias propias de los razonamientos de la Corte y que valdría la pena exponer para el debate hacia el futuro de la institución bajo análisis.

En primer lugar, la sentencia arguye empleando *la falacia del accidente inverso*, cuando afirma que los tratados y convenciones internacionales no contemplan la imprescriptibilidad para el tratamiento de las acciones de penas y delitos (*sic*).

Pues bien, la extinción de dominio ni es una pena ni mucho menos un delito, por lo que lógicamente la Corte estaría realizando una generalización apresurada sin percatarse sobre la categoría diferenciada y consolidada a lo largo de 3 décadas de la *extinción de dominio*.

En segundo lugar, se aborda a la prescripción *sólo desde una de las aristas que la componen*, como es la de garantizar certeza a los miembros de una comunidad jurídica sobre hasta cuándo puede un titular de un derecho subjetivo ejercerlo. En este punto la Corte omite otras funciones propias de la prescripción como es la garantía de transformar una obligación cierta en natural. Debemos recordar que la prescripción en sí lo que transforma dentro de cualquier obligación y/o contrato es la pérdida de la facultad para enervar un derecho objetivo, en este caso, el derecho de propiedad que al aplicarse sería una forma evidente de “saneamiento” de la misma al titular aparente. Curiosamente fundamenta con un ejemplo inoportuno -e incompatible con la extinción de dominio- como es la *acción redhibitoria*, ésta última, para garantizar al comprador el resarcimiento por vicios ocultos presente en objeto de un contrato de venta.

En tercer lugar, y quizá hasta imperdonable en una Corte Constitucional, sea el empleo de dos falacias *ad hominem circunstancial*. La primera al tratar de reforzar el razonamiento anterior sobre la función de certeza de la prescripción señala el sentenciador que la misma debe entenderse dentro del contexto de la acción penal, cuando hemos estudiado a lo largo del presente libro que la extinción de dominio se ha emancipado de la acción penal como bien lo ha indicado el profesor Santander Abril. La segunda falacia es que asocia a la imprescriptibilidad como una suerte de instrumento de violación a las limitaciones del Estado con respecto al derecho de propiedad.

En cuarto lugar, extiende el aforismo romano *mors omnia solvit* presente como principio de la extinción de las obligaciones, hasta extremos insospechados, inaceptables e ilegales para la moderna legislación civil. La Corte indica que otorgarle imprescriptibilidad a la extinción de dominio, implicaría justificar *ad infinitum* el origen del bien, inclusive, a sus sucesores cuando acarrearla la muerte del titular aparente. Pues bien, para la propia teoría de las obligaciones, es imposible que exista una confusión patrimonial por simple herencia -testada o intestada según sea el caso- generando un blanqueamiento patrimonial como si la muerte fuera un elemento legitimador de bienes de origen ilícito. Sencillamente, el causahabiente nunca tuvo derechos sobre dichos bienes, y por tanto, mal podía transmitirlos por vía sucesoria algo que jamás conformó su patrimonio.

Más bien preocupa que toda la posible actividad probatoria en materia de legítima adquisición, la Corte la haya terminado de extender el odioso mote de “*probatio diabolica*”, presente en la investigación sobre adquisiciones inmobiliarias. En el mismo orden de ideas asocia al tercer adquirente de buena fe equiparándolo con el mismo efecto de sus sucesores, lo que más bien genera un razonamiento complejo que busca inducir a un error. Todos sabemos que el tratamiento del tercero adquirente de buena fe tiene su propia regulación en la institución tanto del comiso autónomo como de la extinción de dominio.

Finalmente cierra la motiva con una tautología incomprensible como es la declaratoria de *incompatibilidad de la imprescriptibilidad con el derecho a la seguridad jurídica*, sin esgrimir cuál fue su proceso de ponderación, puesto que, la imprescriptibilidad también es una garantía al derecho a una administración pública transparente. Por tanto, la Corte estaba al frente de una situación clarísima de enfrentamiento entre derechos y garantías fundamenta-

les, que como indica Rodríguez de Santiago³⁴, se resuelve a través de un delicado mecanismo de ponderación entre esos derechos. En ningún párrafo de la decisión puede revisarse la apelación del juez constitucional ni al principio de proporcionalidad ni mucho menos al obligatorio test de ponderación³⁵ ante el falso dilema planteado.

Dejando atrás al caso ecuatoriano y mexicano, como explicamos, existe un consenso entre el resto de las jurisdicciones constitucionales que han asimilado la extinción de dominio. En el Perú, que consideramos en este momento la judicatura de ED más activa y creativa de América Latina, también su Tribunal Constitucional ha debido moldear componentes críticos de la extinción de dominio, resaltando la intervención sobre cómo debería concebirse la “buena fe” en esta materia. Veamos:

“(…) 55. A mayor abundamiento, cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico peruano se han expedido normas con la finalidad de dotar de contenido a la diligencia y prudencia exigidas al tercero para la adquisición de bienes cuyo origen está relacionado con ciertas actividades ilícitas, como las que atentan contra la administración pública, las actividades vinculadas a la criminalidad organizada, entre varias. (...) 57. Pero más allá de las exigencias normativas previamente detalladas que son necesarias para la configuración de la buena fe en los términos del artículo 2014 del Código Civil, según se trate de bienes relacionados con los ilícitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 1373, corresponde señalar que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado también, en diversas resoluciones que ha expedido, algunos criterios para determinar si se ha configurado la buena fe del tercero en cada caso. (...)”³⁶

Como indicamos, nos agotaríamos en un extenso libro (como en efecto sucederá) si resaltáramos cada una de las decisiones dictadas por los tribunales constitucionales en relación a cada una de las esferas, conceptos, procedimientos, categorías, presunciones, efectos, mecánicas, criterios orgánicos, polémicas y área relacionada a la extinción de dominio en toda América Latina.

2. *El valor ejemplarizante de la Justicia constitucional ante la manipulación política de la extinción de dominio. El caso de la justicia constitucional boliviana*

Uno de los casos más ejemplarizantes sobre cómo puede un tribunal constitucional separarse de los condicionantes políticos que generalmente interfieren con el principio de independencia del Poder Judicial. Hacemos referencia a la decisión de la Consulta Constitucional número 002/2013 de fecha 19 de abril de 2013, dictada por el Tribunal Constitucional del

³⁴ Al respecto, véase Rodríguez De Santiago, José M. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

³⁵ Es consolidada en la jurisdicción constitucional de occidente, cuando exista un dilema entre derechos, la aplicación de la Ley de la Ponderación que es sucedánea del principio de proporcionalidad. En este sentido, Alexy Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 161, plantea: “(...) *cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (...)*”. En el caso de marras, la Corte no indicó en ningún aspecto cual era esos grados de satisfacción -ni podía hacerlo porque era impertinente ya que la extinción de dominio no es un derecho fundamental- de uno u otro derecho en pugna.

³⁶ Véase Tribunal Constitucional de la República del Perú. Sentencia número S. 207 de fecha 05 de marzo de 2020 (Caso: *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 de la Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral*). Puede consultarse en línea, <http://181.177.234.7/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=extinci%C3%B3n+de+dominio&demandante=&demandado=&numexpediente=&anoingreso=&idtipoproceso=0&anopublica=&pg=1>.

Estado Plurinacional de Bolivia³⁷, sobre el proyecto de Ley de Extinción de Dominio de Bienes a favor del Estado, presentado por el entonces Presidente de la nación altiplánica, Juan Evo Morales Ayma.

Dictaminó el Tribunal varios aspectos de enfoque heterodoxo sin violentar los principios constitucionales sobre los cuales se edifica el Estado de Derecho. Es más, el dictamen de la consulta de constitucionalidad previa censuró que el proyecto de ley haya considerado que la naturaleza de la extinción de dominio sea “administrativa”, pues, la extinción de dominio por muy de avanzada que se nos presente, no puede ser vehículo para quebrar principios rectores del Estado de Derecho, siendo uno de ellos, la “reserva judicial”. En efecto, expresó el Tribunal:

“(…) Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso, porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales (...)” (cursivas nuestras). Pasamos a transcribir algunos párrafos del citado dictamen constitucional, donde, sobresale su ratio ya que: “(...) surge la necesidad de establecer mecanismos, que prescindiendo de la persecución penal, aunque sin sustituirla, permitan actuar directamente sobre bienes de procedencia ilícita, decomisándolos y previo un debido proceso, declarar su extinción a favor del Estado (...)” (cursivas nuestras).

Además, -y prosigue el fallo- el fundamento no está en las geografías del Derecho penal sino:

“(…) En consecuencia, la acción de extinción de dominio de bienes, halla sustento constitucional en el derecho a la propiedad privada, a partir de que ésta debe cumplir una función social y para gozar de protección, el uso que se haga de ella no debe ser perjudicial al interés colectivo; de donde la “propiedad” adquirida por medios ilícitos o ilegítima, no puede merecer protección constitucional, por lo que al no configurar un derecho digno de protección, el Estado puede declarar legítimamente su extinción, dando prevalencia así al interés general sobre el particular. (...)” (subrayado original).

Por otra parte, el análisis sobre la perniciosa igualdad entre actividades económicas lícitas e ilícitas, violentaría ese mismo

“(…) respeto e igualdad entre todos que se proclama como bases del Estado, pasa por el reconocimiento y la protección al trabajo honrado y la persecución y castigo de las actividades ilícitas, ya que estas últimas, de manera desleal compiten con la generación de la riqueza legítima, por lo que de no tomarse acciones de lucha frontal contra la generación de riqueza ilegítima, importaría colocar a la riqueza lícita y a la riqueza ilícita en un plano de igualdad, otorgando resquicios para que la riqueza mal habida pueda consolidarse o inclusive sanearse, generando así inequidad en la generación, distribución y redistribución del producto social, cuando en un Estado Constitucional de Derecho, especialmente en el Estado Plurinacional Comunitario que estamos empeñados en construir en la búsqueda del vivir bien, únicamente la riqueza que sea legítima puede hallar cobijo y protección. (...)” (cursivas nuestras).

³⁷ Expediente N° 02073-2012-05-CCP), con ponencia del Magistrado Macario Lahor Cortez Chávez.

Es una decisión de valentía de un Tribunal Constitucional ante un país cuyo poder ejecutivo ejerce más que una tutela política. El caso boliviano siempre es estudiado en las redes de expertos sobre extinción de dominio por la capacidad de adaptar a una suerte de *ius commune* latinoamericano sobre ED, siendo los magistrados prácticamente vinculados al partido o ideología gobernante.

Con esta revista sucinta de los principales hitos de la jurisprudencia constitucional relativa a la extinción de dominio, resaltamos la importancia de la formación de los magistrados y abogados en un país sobre la materia. En toda América Latina se ha ido poco a poco configurando una multi-red de expertos de altísimo nivel, consolidando principios constitucionales que reviste -y debe respetar- no sólo las leyes sobre extinción de dominio sino también aquellos sujetos que conforman el sistema de justicia a la hora de aplicarlo.

III. EL INICIO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. MAL COMIENZO PARA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN VENEZUELA

Contrario a la experiencia latinoamericana que hicimos referencia en el epígrafe anterior; cuando pensamos que pudiera reivindicarse la Justicia Constitucional venezolana nos encontramos con su funcionamiento actual, que, independientemente de la corriente ideológica que impere, es innegable su transformación en lo que el profesor Brewer-Carías ha denominado una dictadura judicial³⁸. Hasta el propio Nicolás Maduro ha debido reconocer que debe operar un cambio a la incomprensible -e inaceptable- expresión “revolución judicial”³⁹.

Pues bien, el primer acto judicial venezolano sobre la extinción de dominio, que le correspondió a la justicia constitucional, no sólo desestimó los principios básicos de prudencia y pertinencia en la delimitación del contenido de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio; sino que podemos encontrar un grado de desconocimiento sobre lo que realmente aprobó la Asamblea Nacional en la Ley comentada. Hacemos referencia a la sentencia número 315 dictada el 28 de abril de 2023, en la cual, se realiza el pronunciamiento sobre la constitucionalidad del carácter orgánico.

En nuestra obra apostamos siempre por una Ley sobre Extinción de Dominio y Acciones Patrimoniales contra la Corrupción⁴⁰. En ella podía haberse recogido y sistematizado todas las formas sobre persecución patrimonial -no penal- contra la corrupción y otras actividades ilícitas.

Ello con el fin de proponer un orden en relación con las tres acciones no penales (decomiso, extinción de dominio y civiles de reparación). Con la debida coordinación no era necesario apelar al carácter orgánico para una ley sobre ED, sino que se contemplaran mecanismos para articular las acciones de naturaleza penal con sus comisos accesorios (incautacio-

³⁸ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del estado de Derecho*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016. También, del mismo autor, *La Constitución de plastilina y vandalismo constitucional. La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional al servicio del autoritarismo*. Colección Biblioteca “Dr. Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

³⁹ Véase, Presidente Maduro llama a profundizar la revolución judicial en Venezuela. En: <https://www.telesurtv.net/news/venezuela-presidente-maduro-profundizar-revolucion-judicial-20230131-0026.html>

⁴⁰ Jiménez Tapia, Rafael y Urbina Mendoza, Emilio J. *Ob. cit.*, pp. 219-220.

nes, etc.), y las de tipo civil, resaltando, la alternatividad entre una y otra marcadas más que todo por el acervo probatorio como hemos explicado en nuestro tratado sobre comiso autónomo y extinción de dominio⁴¹.

1. *El carácter “expres” de la sentencia número 315 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la “constitucionalidad” del carácter orgánico de la Ley*

Una de las notas que ha generado cierta inquietud, es la relativa al fulgor con que se emitió la sentencia que por obligatoriedad del artículo 203 de la Constitución, debía obligatoriamente pronunciarse la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el por qué se calificaría constitucionalmente válida el atributo de orgánica una ley sobre extinción de dominio.

Sorprendentemente la decisión se emitió el 28 de abril de 2023, justo 24 horas después que la Asamblea Nacional sancionó el texto sometido a consideración por el TSJ. Increíblemente la sentencia afirma que “(...) *Examinado detenida y acuciosamente el contenido del supra identificado instrumento (...)*”. Es decir, la Sala procedió a la revisión de un instrumento cuya comprensión, por la media, requiere de varios años para asumir mecánicas y conceptos que son en buena medida ajenos a la historia jurídica venezolana.

Esto debe preocuparnos porque una revisión “detenida y acuciosa”, con la rapidez que se le imprimió sólo es posible si en Venezuela la extinción de dominio tuviese alguna tradición legal (antecedente), una copiosa bibliografía -inclusive hasta hemerografía científica-, cuando sabemos con toda propiedad que no se ha escrito ni abordado -aunque sean tangencialmente- sobre extinción de dominio en nuestro país. De ello doy fe, tras varios años haciendo la recensión en las bibliotecas y bases de datos jurídicos existentes dentro de nuestras fronteras.

Tampoco existe tradición judicial sobre ED. Ni siquiera algún fallo del TSJ en sus 23 años de creado. Un juez especializado en extinción de dominio, por experiencia propia que nos ha correspondido formarlos, en América Latina, requiere de un adiestramiento promedio de cinco años, contados desde que se asume el cargo, con el aliciente de poseer estabilidad judicial y no conocer de otras competencias (competencia promiscua). No sólo es saber sobre los rudimentos de las obligaciones y contratos, sino, las nuevas ramas e instituciones que poco o casi nada se enseña en las facultades de Derecho, salvo, que algunos profesores se hayan preocupado por ir más allá de los programas oficiales. Comprender, por ejemplo, los más difíciles aspectos e instituciones del Derecho patrimonial⁴², del Derecho de daños⁴³ y de

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Véase Rosillón Fairén, Alejandro. *Derecho civil patrimonial: selección de casos prácticos: obligaciones y contratos, reales e inmobiliario general*. Madrid, Editorial Dykinson, 2023. Requejo Conde, Carmen. *Introducción al derecho penal patrimonial: los delitos de hurto y robo en el código penal español*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. Lasarte Álvarez, Carlos. *Curso de derecho civil patrimonial: introducción al derecho*. Madrid, Editorial Tecnos, 2022. DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio. *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017. Rodríguez-García, Nicolás. *El decomiso de activos ilícitos*. Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017. Murga Fernández, Juan Pablo y Tomás Tomás, Salvador (Coord.). *Cuestiones actuales del Derecho Patrimonial desde una perspectiva ítalo-española*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Civitas, 2012. Bernad Mainar, Rafael. *Derecho civil patrimonial*, Caracas, Ediciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 2012 (V Tomos).

los valores constitucionales del derecho de propiedad⁴⁴. Aunado a ello, debe este juez mantenerse al día en cada uno de los ejes temáticos del proceso civil y de las dimensiones complejas de la tutela judicial efectiva, la ética, el estudio de la economía de la corrupción y los avances o retrocesos del resto de instituciones análogas de carácter penal como son los delitos de corrupción.

Por eso nos sorprende cuando la Sala es enfática al enunciar que ha “examinado detenida y acuciosamente el contenido del supra identificado instrumento normativo”. Cualquier Sala Constitucional en un control de este calibre, previamente se toma su tiempo para sopesar y discutir por las polémicas que trae consigo el instituto.

2. *La motivación incongruente sobre por qué la Ley sobre extinción de dominio debe revestirse de carácter orgánico*

Si el carácter expreso de la sentencia nos despierta sospechas entre los que pertenecemos a la red internacional de expertos en extinción de dominio, la *ratio dicendi* del fallo va más allá de los parámetros propios sobre lo que debe considerarse un control previo sobre el carácter constitucional de “orgánica” un instrumento de ley. Tras la transcripción íntegra del texto de la ley orgánica de extinción de dominio, la sentencia en su parte III (Consideraciones decisorias), repasa el examen sobre las doctrinas jurisprudenciales asentadas por la propia Sala desde el año 2000.

En este particular no parece una sentencia que altere lo que tradicionalmente han sido para la calificación de “orgánica” en el control de la constitucionalidad, es decir, que la ley según el artículo 203 de la Constitución para que sea reservada bajo esta categoría debe: i) en casos concretos donde expresamente el texto constitucional así lo determina; ii) aquella que organiza Poderes Públicos, iii) las que sean para el desarrollo de derechos constitucionales, y iv) las que constituyan un marco normativo para otras leyes.

Sin embargo, al argumentar la Sala sólo se dedica a comentar casi exegéticamente los artículos fundamentales de la ley, repitiendo un razonamiento que no es cónsono con el control sobre la organicidad del texto, específicamente:

“(…) Efectivamente, en el caso de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, el legislador ha querido desarrollar el derecho constitucional a la protección patrimonial y de otros intereses del Estado, habida cuenta de que éste constituye un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales, debido a que tiene la obligación indeclinable de tomar todas las medidas necesarias y apropiadas, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad patrimonial de la República y sus propiedades, instituyendo un elemento de suprema importancia para el desenvolvimiento y la correcta administración de todos los bienes que quedarán bajo la administración del órgano especializado en virtud de la adopción vía cautelar, de acuerdo con los principios de eficiencia y transparencia de la función pública.

⁴³ Al respecto, véase De Ángel Yagüez, Ricardo. “Constitución y Derecho de daños”, en: *Estudios de Deusto*, Vol. 55, 1 (enero/junio 2007), Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 123-172.

⁴⁴ Queremos resaltar que, en Venezuela, en ningún programa de derecho civil sobre bienes, se hace referencia alguna a los valores intrínsecos que la Constitución comporta sobre el derecho de propiedad. La doctrina y jurisprudencia se ha enfocado, en la tradición venezolana desde el constitucionalismo social introducido en la Constitución de 1947, en abordar casi en exclusividad los atributos de la propiedad sin adentrarse en el eje de los “valores constitucionales” de la propiedad. Sólo se ha hecho énfasis en el “interés social” y las “limitaciones legales derivadas de dicho interés”.

En razón de ello, esta Ley no puede menos que situarse en el orden de la jerarquía orgánica de las leyes de la República, según se subsume en la categorización que instruye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 203, conforme al análisis expuesto *supra*.

En ese orden de ideas, luego de analizar los fundamentos anotados, y sin que ello constituya pronunciamiento adelantado sobre la constitucionalidad del contenido del texto normativo aquí sancionado por la Asamblea Nacional, esta Sala se pronuncia a los efectos previstos en el artículo 203 constitucional, y al respecto considera que es constitucional el carácter orgánico otorgado a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio, pues ésta se adecúa a las características jurídicas que tienen las leyes orgánicas, en cuanto a su forma y contenido, teniendo en cuenta que con la misma se pretende regular uno de los supuestos previstos en las citadas normas constitucionales que hacen posible convenir en su carácter orgánico, ello por cuanto:

Conforme al criterio fijado por esta Sala en su sentencia n° 537 del 12 de junio de 2000, caso “*Ley Orgánica de Telecomunicaciones*”, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio ostenta el carácter técnico-formal que la erige en una ley que regula la ética, la lucha anticorrupción, la legalidad, la justicia, la buena fe, y el sistema sancionatorio que debe aplicarse a los titulares aparentes de los bienes y afectos patrimoniales originados por actividades ilícitas o destinadas a éstas, regulación ésta que al estar enmarcada en los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 3, 49, 114 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, subsumibles, en su orden, en la segunda, tercera y cuarta categoría prevista en el artículo 203 constitucional (...)

Sorprende que el examen previo de constitucionalidad sobre el carácter orgánico de una ley del calibre de la extinción de dominio haya sido abordado de forma tan baladí, confundiendo categorías como por ejemplo que es una ley que regula la “ética”. Esto quiere decir que, según la Sala, que la ley regulará la decisión humana según las opciones tras un proceso de discernimiento⁴⁵. En pocas palabras, un disparate epistemológico y filosófico nunca visto.

En segundo lugar, además de no decir nada constitucionalmente relevante, puedo perfectamente encontrar, como antiguo profesor de lógica y argumentación jurídica, la típica falacia de *ignoratio elenchi* (conclusión inatinerante por ignorancia del asunto). En este tipo de razonamientos el problema está en que se introducen elementos que no es relevante para el tratamiento del eje argumental central, en este caso, de una ley que desarrolla un instrumento de persecución patrimonial contra aquellos bienes adquiridos “ilícitamente”. ¿No hubiese sido más fácil que la Sala en la sentencia desarrollara lo que significa en sí la extinción de dominio como nuevo instrumento en una estrategia del Estado venezolano para luchar contra la corrupción?

Por otra parte, el fallo, desconociendo inclusive el articulado de la ley bajo análisis sobre su organicidad, incluye esta desviación:

“(...) Por lo que se puede afirmar que el instrumento normativo aquí analizado además viene a desarrollar la severidad de las penas que debe imponerse por la comisión de ilícitos económicos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)” (subrayado nuestro)

⁴⁵ Sobre el problema de la ética, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y la jueza venezolana y la ética de la interpretación jurídica”, en: Guibert Ucin, José M. (Coord.) *Cooperativismo, Empresa y Universidad. In memoriam de Dionisio Aranzadi Tellería sj*. Bilbao, Ediciones de la Universidad de Deusto, 2010. También, de nuestra autoría, “Ética, hermenéutica y argumentación”, en: Parra Aranguren, Fernando (Coord.) *Nuevos estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, 2002.

Hemos indicado, así como en toda la doctrina y jurisprudencia comparada de justicia constitucional, que la extinción de dominio es una acción de carácter “civil”, patrimonial para ser más omnicomprendivo. Como nos indicó el profesor Jiménez Tapia, este párrafo de la sentencia anula en sí la naturaleza del instituto, desnaturalizándola, pues, la extinción de dominio no es ni una pena ni mucho menos se ha construido para hacer “más severo” los delitos. Sencillamente la punibilidad no tiene ninguna relación con la ilicitud en la extinción de dominio. Por tanto, estas tres líneas refuerzan nuestra crítica al elevar a niveles jamás vistos la falacia *ignoratio elenchi*.

Lo curioso del asunto, y acá ratifica lo que apuntamos sobre la prototípica *ignoratio elenchi*, es que la única justificación que pudiera alegarse para otorgarle el carácter orgánica a la ley proviene de un descuido por el propio legislador. Nos explicamos.

Ni el proyecto de ley orgánica discutido, ni mucho menos la ley sancionada y hoy promulgada por el Presidente de la República, no reparó en contemplar un artículo que dilucidara un problema procesal que traerá consigo consecuencias imprevistas. Hacemos referencia a la coordinación que debe existir entre los diferentes procedimientos de decomisos presentes en la legislación venezolana que pudiera traer una cuestión previa relacionada a la prejudicialidad. Sólo el artículo 16 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio nos alude a esta hipótesis, pero de forma muy imprecisa.

El 18 de abril de 2023 nosotros consignamos ante la Consultoría Jurídica de la Asamblea Nacional un informe⁴⁶ con nuestras observaciones sobre el entonces proyecto de Ley Orgánica. En esa oportunidad, al respecto, suscribimos lo siguiente (páginas 74-76):

“(…) Sin embargo, sugeriríamos en el artículo 1 lo siguiente:

Objeto.

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto establecer mecanismos que permitan la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales relacionados, derivados o empleados en actividades ilícitas y la extinción de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, sin contraprestación ni compensación alguna.

Parágrafo Primero: La acción de extinción de dominio se ejercerá mediante un proceso judicial autónomo e independiente de cualquier juicio o proceso penal, así como los relativos al decomiso sin condena penal previsto en la Convención contra la corrupción, que se haya iniciado simultáneamente, o del que se haya desprendido, o tuviera origen, sin perjuicio de las excepciones establecidas en esta ley. En los casos donde se ejerzan simultáneamente las acciones de decomiso sin condena penal y la de extinción de dominio, prevalecerá aquella que más se adecúe a la causa ilícita alegada como fundamento de la demanda interpuesta por el Ministerio Público, siempre y cuando, el objeto de las acciones sea sobre los mismos bienes plenamente identificados.

Parágrafo Segundo: En ningún caso procederá la prejudicialidad para impedir que se dicte sentencias definitivas o interlocutorias vinculadas con la declaratoria de extinción de dominio.

⁴⁶ Urbina Mendoza, Emilio J. *Análisis preliminar sobre el proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Observaciones y Notas*. Caracas, 18 de abril de 2023, 84 páginas.

Parágrafo Tercero: Las decisiones pronunciadas en un proceso penal no afectarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio, salvo que los activos ilícitos perseguidos se hubiesen decomisado, confiscado o incautado como consecuencia de una condena penal definitivamente firme.

El artículo propuesto refuerza y coordina, a la vez, los diferentes comisos, confiscaciones y decomisos previstos en la legislación venezolana, sea autónomo (caso de la Ley Aprobatoria de la Convención contra la Corrupción, art. 54.1,c) o el directo - confiscación- producto de una condenatoria penal (arts. 10.10 y 33 del Código penal, art. 98 de la Ley contra la Corrupción, arts. 183 y 185 de la Ley Orgánica de Drogas, art. 89 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo).

Sólo existe un caso donde pudiera darse simultaneidad y es el relativo al ejercicio del decomiso civil previsto en la ley aprobatoria de la UNCAC y la extinción de dominio cuando la demanda sea sobre los mismos bienes. En este caso, sugerimos que la prevalencia para la continuidad del proceso se determine por la causa “ilícita” alegada por el Ministerio Público, es decir, si estamos demandando sobre bienes cuyo origen es derivado de la corrupción con posibilidad de ejercer también acciones penales, entonces, se procederá a darle prevalencia a la demanda por decomiso civil. Si por el contrario, es una causa ilícita más allá de la corrupción, entonces, deberá proseguir la contemplada en la acción de dominio.

Por otra parte, como bien se ha indicado, la “ilicitud” es mucho más amplia que la punibilidad, haciendo de la extinción de dominio, una acción autónoma más ágil que el resto de las instituciones análogas. De allí las razones del parágrafo primero, cuando ocurra la interposición de acciones, dando prevalencia a la extinción de dominio. Esto nos obliga, al ser un proceso de naturaleza patrimonial, revisar aspectos relativos a cuestiones previas que puedan ser interpuestas, resaltando, la prejudicialidad, que en ningún caso procederá para suspender o paralizar un proceso de extinción de dominio.

Debemos recalcar que la extinción de dominio no depende de una condenatoria penal o la inocencia declarada por un tribunal penal, por eso el *quid* del parágrafo tercero. Es más, la extinción de dominio, como verificamos en las páginas precedentes, se encuentra totalmente emancipado de una condenatoria o inocencia en un proceso penal, no pudiendo alegarse para paralizar un proceso de extinción de dominio, que un tribunal penal declaró la inocencia de un titular aparente. (...)

Esta observación no fue tomada en cuenta, obligando entonces a otorgarle carácter orgánico a la LOED para evitar prevalencia con otras leyes de carácter orgánico que regulan procedimientos análogos de comisos o incautaciones. Así, esta ley es orgánica siguiendo la previsión del artículo 203 de la Constitución Bolivariana, para que ésta sirva de marco normativo del *subsistema de acciones de naturaleza patrimonial* y coordine las otras categorías de comisos presentes en el Código Penal, la Ley Orgánica de Drogas, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la Ley contra la Corrupción y finalmente, el *comiso autónomo o decomiso sin condena* previsto en la Ley Aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁷.

⁴⁷ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, número 38.192, de fecha 23 de mayo de 2005.

Por otra parte, al contemplarse la creación de tribunales especializados en extinción de dominio⁴⁸, así como fiscalías especializadas en la materia⁴⁹, en un lapso de 60 días contados desde la publicación en Gaceta Oficial de la LOED, es atinente armonizar esta última con las previsiones de las leyes orgánicas que regulan tanto al Ministerio Público como al propio Poder Judicial.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos podido constatar en este examen rápido de la relación entre la Justicia Constitucional y la extinción de dominio, encontramos que éste último instituto ha sido moldeado y tutelado por los criterios de la primera siempre, claro está, en países donde el Poder Judicial posee una base de institucionalidad más sólida que la vivenciada en Venezuela en los últimos 25 años. La extinción de dominio es una figura muy original, eficiente y eficazmente demostrada para combatir la corrupción. Donde se aprueba e incorpora a la legislación, sus resultados son prácticamente inmediatos ante la difícil pregunta que atañe siempre para aquellos que han adquirido de manera ilícita un patrimonio: ¿cuál es el origen de dichos bienes?

Lamentamos que, en Venezuela, el primer abordaje de la justicia constitucional con la extinción de dominio haya sido tratado bajo una falacia de *ignoratio elenchi*. Esto nos compromete todavía más por luchar en que la extinción de dominio sea realmente aplicada como fue diseñada históricamente, para hacer imposible que un país se constituya en una suerte de paraíso patrimonial.

⁴⁸ Disposición transitoria primera de la LOED.

⁴⁹ Disposición transitoria segunda de la LOED.