

REGULACIÓN DEL DECOMISO EN EL DERECHO COMPARADO

MECANISMOS DE RECUPERACION DE ACTIVOS EN LA ARGENTINA.....	Pag. 3
LA ACCION CIVIL COMO MECANISMO DE RECUPERO DE ACTIVOS POR HECHOS DE CORRUPCION.....	Pag. 50
CASO COLOMBIA.....	Pag. 101
CASO ESTADOS UNIDOS.....	Pag. 167

MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA ARGENTINA

1. El decomiso

- 1.1 Regulación del Código Penal**
- 1.2 Objeto de la medida de decomiso**
 - 1.2.1 Instrumentos del delito**
 - 1.2.2 Producto del delito**
- 1.3 Ámbito**
- 1.4 Competencia normativa**
- 1.5 Sujeto beneficiario**
- 1.6 Sujeto pasivo**
- 1.7 ¿Necesidad de sentencia?**
- 1.8 ¿Juicio en rebeldía?**
- 1.9 Decomiso después de la sentencia**
- 1.10 Facultad de órganos administrativo para decomisar**
- 1.11 Límites al monto**
- 1.12 Medidas cautelares**
 - 1.12.1 Secuestro de bienes muebles**
 - 1.12.2 Embargo**
- 1.13 Disposición**
 - 1.13.1 Bienes secuestrados**
 - 1.13.1.1 Dinero, título y valores**
 - 1.13.1.2 Bienes muebles que no son dinero**
 - 1.13.1.3 Bienes perecederos**
 - 1.13.1.4 Bien susceptible de deterioro**
 - 1.13.1.5 Bien con interés científico y cultural**
 - 1.13.1.6 Psicotrópicos**
 - 1.13.1.7 Armas**
 - 1.13.1.8 Vehículos**
 - 1.13.1.9 Devolución y reparación**
 - 1.13.2 Bienes decomisados**
 - 1.13.3 Suspensión**
 - 1.13.4 Procedimiento**

MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN LA ARGENTINA

En este informe analizaremos los diferentes mecanismos previstos en la normativa nacional para recuperar activos de hechos de corrupción, independientemente, de cual consideremos más eficaz desde un punto de vista ideal. Nos limitaremos en este estudio a las normas jurídicas vigentes en la actualidad, aunque intentaremos desarrollar ciertos argumentos jurídicos para sustentar un discurso favorable la adopción de medidas de recupero de activos.

Asimismo, al final de cada instituto de recuperación de activos plantearemos la posibilidad de realizar reformas legales a fin de adaptar los institutos a la normativa internacional y transpolar algunos de los institutos previstos en los sistemas extranjeros a fin de lograr un funcionamiento más eficiente y eficaz.

En este sentido, comenzaremos este análisis trazando un marco teórico general del decomiso basado en el estudio de las normas internacionales y extranjeras que nos permitirá abordar críticamente las normas nacionales.

1.El decomiso

Desde un plano teórico, entendemos por decomiso a una medida adoptada por la autoridad estatal destinada a privar un bien con carácter definitivo¹. Esta medida es aplicada sin que el afectado tenga derecho a un resarcimiento².

¹ Esta definición es tomada de la Convención de la ONU contra la Corrupción.

² “El decomiso, dadas las razones y circunstancias que lo hacen procedente, no apareja derecho a ‘indemnización’ alguna para el titular de las cosas decomisadas. Esto es así: 1° Porque en estos casos la propiedad privada no es precisamente tomada para destinarla a *usos públicos*, sino para evitar que mediante ella la sociedad o sus integrantes sufran lesión física, económica o moral.

2° Porque la propiedad privada que dé lugar al decomiso, por no hallarse en ‘*estado legal*’, no tiene el amparo constitucional a la inviolabilidad de la propiedad”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.

En relación con el concepto de bien, debe dársele un sentido amplio, como lo hacen las normas internacionales y extranjeras, comprendiendo tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, a los muebles como a los inmuebles³.

Asimismo, esta medida puede tener como afectado tanto a una persona física como jurídica, o incluso puede recaer sobre bienes cuya titularidad no haya sido determinada⁴. Esto se debe a que no se establece que debe proceder contra un persona, si deben preverse mecanismos para verificar al posible titular identificado e intentar notificarlo; pero sino se logra, igualmente sería procedente el decomiso.

“es la pérdida definitiva de una cosa mueble sin indemnización por razones de seguridad, moralidad y salubridad”, DIEZ, Manuel María, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Plus Ultra, p. 303.

La ley colombiana establece que “La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”.

³ “Partiendo entonces de la definición de patrimonio que contempla el art. 2312 del Código Civil, como ‘el conjunto de bienes de una persona’, resulta irrelevante que esta pena accesoria se lleve adelante sobre dinero, bienes inmuebles o muebles (cosas en la terminología del art. 2311 del CC) o incluso objetos inmateriales susceptibles de valor.”, “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

La Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA establece en su artículo I que por bienes debe entenderse a “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

Similar definición, está contenida en la Convención de la ONU contra la Corrupción, ya que dispone en su articulado que el concepto de bienes se aplica a “los activos de cualquier tipo, corporales o incorpales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

Por su parte, el art. 3 de la ley colombiana establece que “Para los efectos de la presente ley se entenderá por bienes sujetos a extinción del dominio, todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos”.

⁴ En este sentido, el art. 525 del Código Procesal Penal dispone que “ Cuando después de un (1) año de concluido el proceso nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución de cosas, que no se secuestraron del poder de determinada persona, se dispondrá su decomiso”.

Finalmente, queremos remarcar que esta medida puede ser adoptada por cualquier autoridad estatal, no siendo estrictamente necesario que la dicte un órgano perteneciente al Poder Judicial⁵.

La medida de decomiso es un instituto estatal que puede tener diversos fines, lo cual depende del sentido de la política pública que lo implementa. En consecuencia, puede ser un instrumento para evitar conductas que vulneren la salud pública, retirando del mercado un bien patogénico o puede proteger la seguridad pública al evitar que ingresen al país un arsenal de armas de guerra⁶.

Más allá de estas finalidades, que tienen en miras la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos, también el decomiso puede ser un instituto de una política pública destinado a recuperar activos obtenidos o utilizados en la comisión de hechos ilícitos⁷.

Pero, ¿qué tienen en común ambos casos? ¿Por qué puede procederse a decomisar cuando alguien tiene un bien “peligroso” o que puede ser “utilizado peligrosamente” y, también, cuando “ha obtenido o utilizado un bien en un delito”?

Podríamos responder “el legislador tiene libertad para disponer cuando procede esta medida de privación de los bienes y en estos casos ha dispuesto que es aplicable cuando un bien es peligroso como cuando es fruto o fue utilizado en un hecho ilícito”. Sin embargo, creo que muy pocos de nosotros, a menos que no

⁵ La Convención de las ONU define al decomiso en el artículo 2 al disponer que “se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente”.

⁶ “[E]l decomiso es la pérdida definitiva de una cosa mueble, por razones de seguridad, moralidad o salubridad públicas”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

⁷ "El término 'recuperación de activos', literalmente traducido de la expresión '*asset recovery*', se refiere a las capacidades legales de devolver a sus titulares los bienes utilizados para y/u obtenidos a través de la comisión de delitos", JORGE, Guillermo, *Repatriación de bienes obtenidos ilícitamente*, mimeo.

Creemos que dogmáticamente las medidas de recupero quedan comprendida en el art. 29 del Código Penal, al disponer que “La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias.

2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba...”.

nos interesen la propiedad privada de los bienes, aceptaríamos vivir en un Estado cuyos poderes constituidos tengan tamañas atribuciones.

Por ello creemos que debe existir un fundamento moral detrás de esta normativa que nos parezca aceptable para que resulta válida la medida en los supuestos antes referenciados.

En este sentido, consideramos, al igual que la Corte Constitucional de Colombia, que el fundamento radica en una falta o una pérdida de la legitimidad en la causa jurídica –título- del bien⁸.

Es decir, cuando uno obtiene un bien de una actividad ilegítima, creemos que el Estado está plenamente facultado para evitar este enriquecimiento fundado en una violación de una norma estatal.

Asimismo, cuando una persona utiliza un bien de modo ilegítimo, también el Estado debe estar facultado para privar ese bien que fue mal utilizado por su

⁸ En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se señaló que “[d]entro de esa concepción, la extinción del dominio no es otra cosa que la pérdida del derecho a partir de su no ejercicio, con sacrificio del interés individual y del colectivo, o de su ejercicio inconstitucional, por arbitraria y egoísta’. Esta forma de extinción de dominio operaba desde antes y a pesar de no estar expresamente consagrada en la Constitución de 1886 [...] Los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda.

Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado [...]

Es una acción pública porque 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”. Sentencia C-740/03.

“La propiedad protegida por el ordenamiento jurídico es aquella que se adquirió por los cauces permitidos por la Constitución.

La acción de extinción de dominio no vulnera el derecho a la propiedad sino que desvirtúa la titularidad aparente de tal derecho”, Procurador General, Sentencia C-1096/03

Asimismo, se sostuvo que “[f]rente a esta causal podría argumentarse, como lo hace el Procurador General de la Nación, que se trata de una disposición inexecutable en cuanto amplía la procedencia de la extinción de dominio a supuestos no previstos por el constituyente. No obstante, lo que hace la citada expresión es dar lugar a la extinción de dominio pero no con base en el artículo 34 de la Carta sino con base en el incumplimiento

titular, fuera de los límites aceptados por el orden jurídico, al destinarlo a la afectación de un bien jurídico. De este modo, el Estado evita que el derecho de propiedad permita el amparo de conductas lesivas a través de un uso abusivo de los bienes.

De más está decir que hay ciertos bienes prohibidos por su peligrosidad, sobre los que el Estado se encuentra facultado para privar de su posesión material a las personas, que nunca pueden alegar un derecho sobre estos bienes que pueden afectar los bienes jurídicos individuales y colectivos⁹.

En todos estos supuestos, no hay vulneración del derecho de propiedad, porque no se ha generado tal derecho por no existir causa jurídica o el propio titular ha violado las reglas establecidas por el Estado para mantener la protección jurídica de tal derecho. Lo único que puede reclamar el particular afectado es que el Estado acredite debidamente que es un supuesto en que procede el decomiso, lo cual requerirá que se realice un debido proceso, permitiendo la efectiva contradicción.

Respecto a la función jurídica que cumple la medida de decomiso, en general, la jurisprudencia y la doctrina tradicional ha sostenido su carácter punitivo, considerándolo accesorio a la pena principal y siéndole aplicables todos los principios constitucionales del derecho sancionatorio¹⁰.

de la función social y ecológica que a la propiedad le impone el artículo 58”, Sentencia C-740/03.

⁹ “[E]l *decomiso* —pérdida definitiva de la ‘cosa’— procede como medio para mantener el orden jurídico-social. Nadie tiene el derecho de poseer cosas *nocivas* o *peligrosas* para los demás, o que afecten la *moralidad*, pues su derecho de propiedad ‘no’ se extiende a eso. Por ello, aunque la propiedad en esos casos *no sea tomada para usos públicos* —sino, por el contrario, para ser ‘*destruida*’— procede el decomiso, sin indemnización, desde luego. En tales supuestos, la garantía constitucional a la propiedad *no ejerce su imperio*, pues las cosas que se encuentran en esas condiciones no se reputan en ‘*estado legal*’, según la feliz expresión de Freund: están al margen y fuera de la protección del derecho”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

¹⁰ “El carácter de pena accesorio del comiso determina que tal como se establece en el art. 23 del C.P. la condena que impone cualquier pena principal ‘importe’ la pérdida de los instrumentos del delito sin necesidad de imposición expresa en la sentencia”, “V., M. A. - B., M. L. s/ Hurto”, C. 3ª Crim. y Corr. La Plata, sala 1ª, 30/4/1985, BA B400209, voto de Rosenstock y Mosca.

Por nuestra discrepamos con esta tesitura considerando que el decomiso, cuando procede contra los instrumentos y el producto del delito, y se encuentra inserto en una política pública de recupero de activos cumple una función reparatoria, mientras que cuando procede contra bienes peligrosos es una medida administrativa de coacción directa destinada a proteger bienes jurídicos individuales y colectivos¹¹.

“Toda vez que el decomiso, como eventual consecuencia derivada de una condena, es una pena accesoria, debe su imposición respetar el principio de identidad entre el autor del delito y el condenado, evitando comprometer en el castigo la inocente situación de terceros ajenos al hecho, hipótesis que importaría una violación de la garantía consagrada por el art. 18 CN”, “García, Marcelo s/recurso de casación”, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/08/2002, voto de Berraz de Vidal.

Al respecto señalan Guillermo R. NAVARRO y Roberto R. DARAY que “[l]a sentencia condenatoria debe, aunque no aparezca expresamente dispuesto en el art. 403 párr. 1º, disponer el decomiso, por su carácter de pena accesoria”, Código Procesal Penal de la Nación, t. II, Pensamiento Jurídico Editora, 1997, p. 298 en “García, Marcelo”, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/8/2002, voto de Mitchell.

“El instituto del decomiso (art. 23 del C.P.) tiene el carácter de pena accesoria a la principal, por lo que es improcedente su aplicación si no ha mediado condena por haberse extinguido la acción penal por oblación de la multa (art. 64 del C.P.)”, “Bustos de Castro, M”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 4ª, 13/8/1991, voto de Valdovinos, Campos y Escobar.

“El decomiso es una consecuencia accesoria de la pena”, “Gi Du Hyeong”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 15/07/1997, LA LEY 1998-A, 380-DJ 1998-1, p. 1021.

“El decomiso, que consiste en la pérdida de cosas muebles a favor del Estado Nacional o Provincial o para su destrucción, es una pena accesoria por su carácter retributivo. Por ser una sanción accesoria, es inherente a una pena principal y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 23 del Cód. Penal que no distingue, accede a todas las penas principales mencionadas en el art. 5º del Cód. Penal”, “Caldarone, Pedro V.”, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, 20/10/1989, LLC 1990, p. 1053.

“El decomiso es una consecuencia accesoria a una pena principal, de carácter retributivo, que constituye un efecto de la sentencia condenatoria cuando, como en el caso, se configuran las condiciones previstas en la disposición mencionada”, “Jerez, Víctor E. s/rec. de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 08/09/2003, ED 10/02/2004, 7 - LA LEY 2004-B, p. 603.

“Existe consenso en considerar que la naturaleza jurídica de este instituto es la de una pena accesoria”, “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

“El decomiso es una pena accesoria [...] porque tiene lugar siempre que haya condena”, ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Argentina, 2000, p. 943.

¹¹ Podría citarse también el argumento dogmático que el Código Penal no establece que el decomiso es una pena en el art. 5.

Debe señalarse que para considerar que la medida de decomiso es una sanción punitiva deberían cumplirse cuatro requisitos, a saber: a) ser una ejercicio de coerción estatal; b) imponer una privación de derechos o un dolor; c) no reparar, ni restituir; y d) no detener las lesiones en curso, ni neutralizar un peligro inminente¹².

Evidentemente, por la propia definición, el elemento a) se encuentra presente en la medida, porque el Estado interviene coactivamente privando del bien al individuo afectado. Sin embargo, entendemos que es discutible la presencia de los demás elementos de concepto de sanción penal esbozado. Pero para realizar el análisis con claridad, creemos que es necesario distinguir los bienes sobre los que no existe causa jurídica que justifique la posesión –producto del delito y bienes peligrosos- de los bienes que si está justificada su posesión, pero han sido utilizados en violación del orden jurídico.

En el primero supuesto, el decomiso se devendría de la demostración de la falta de título del poseedor material del bien, ya que no es una privación de un derecho –la libertad, la propiedad, la vida-, debido a que no existe el derecho del cual la persona fue privado por el Estado –falta el elemento b)-. Si no que el Estado demostró que la persona no poseía en realidad tal derecho.

Aparte, la medida de decomiso en estos casos tiene como finalidad la obtención de recursos para restituir al legítimo propietario o reparar a la víctima y a la sociedad civil de los daños directos e indirectos ocasionados por el accionar delictivo¹³. En consecuencia, tiene una función restauradora, ya que intenta que la persona particular privada de su propiedad obtenga la restitución y que los afectados por la conducta delictiva sean reparados –falta el elemento c)-.

En el caso de los bienes peligrosos, donde también es discutible la existencia de un derecho sobre el bien, estamos ante un supuesto de coacción

¹² Cfr. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 43.

¹³ Téngase en cuenta el artículo 57 de la Convención de la ONU contra la Corrupción. "La incautación de los beneficios societarios ilícitos tiene una finalidad restitutiva o reparadora: el estado asume la representación de intereses difusos o colectivos, cuando no es el propio fisco que se cobra por este medio", ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 47.

directa administrativa¹⁴, donde el Estado debe apoderarse de estos bienes para evitar que afecten de manera inmediata bienes jurídicos de otras personas –falta el elemento d)-. Imagínese una partida de vino mal destilado que puede provocar la intoxicación de los consumidores; indudablemente debe actuar el Estado y no creemos la persona que sufra esta medida pueda argumentar sólo sobre la base de su derecho a la propiedad¹⁵.

En ambos supuestos, no es posible sostener que resulten aplicables los principios constitucionales propios del derecho sancionatorio –principio de

¹⁴ “La coacción directa importa una intervención en la persona o sus bienes... [s]e la emplea frente a un peligro por inminencia de un daño o lesión o porque es necesario interrumpir el que se halla en curso... [p]oco importa que el riesgo depende o no de una acción humana, que en caso de serlo sea también delictiva, etc., sino que su presupuesto es la mera existencia del peligro”, ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 45.

En igual sentido, GINJAUME, María Alicia, La figura del decomiso en las leyes administrativas, mimeo.

¹⁵ Sosteniendo la constitucionalidad del decomiso cuando afecta a bienes peligrosos se ha dicho que “el decomiso válido que dispusiere la ley encuadra en los preceptos de la Constitución. Esto es así porque tal decomiso implicará un *límite* a la respectiva actividad jurídica de los habitantes, *límite* cuya posibilidad de establecerlo surge del artículo 14 de la Ley Suprema, en cuanto ésta dispone que los habitantes de la Nación, gozan de los derechos que ahí menciona ‘*conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*’. Esas leyes ‘*reglamentarias*’ constituyen un límite al ejercicio de tales derechos, entre éstos el de ‘*propiedad*’ sobre el cual recae el ‘decomiso’. Las reglamentaciones de referencia serán válidas en tanto sean ‘*razonables*’.

Todo aquello que *exceda* lo aceptado por las normas reglamentarias a que hace referencia el artículo 14 de la Constitución, regulando el ejercicio del derecho de propiedad, queda *fuera del ámbito jurídico* del habitante y no goza, en consecuencia, de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. Por tanto, si una ley reglamentaria prohíbe, *bajo sanción de decomiso*, que en los domicilios particulares se guarden o mantengan animales salvajes de tipo feroz (vgr., un puma), o que se mantengan animales de especie doméstica (vgr., vacas, ovejas, caballos, perros) afectados de enfermedades contagiosas o peligrosas, quien posea animales en esas condiciones no podrá alegar sobre ellos una ‘*propiedad legal*’ garantizada o protegida por la Constitución. Esta no protege la propiedad sobre cosas que se encuentran en esa situación: el interés social se sobrepone al ‘*interés individual*’ de quienes posean cosas en semejantes condiciones.

Desde luego, y esto es de fundamental importancia, la *procedencia* de las disposiciones legales reglamentarias que establezcan el ‘*decomiso*’, la ‘*validez*’ de tales normas, su juridicidad, queda librada constitucionalmente a que sean ‘*razonables*’, pues se trata de una manifestación del ejercicio del poder de policía, que se encuentra sometido, por cierto, al *control constitucional de razonabilidad*”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

inocencia, derecho al recurso judicial, entre otros-; ya que no estamos ante una medida punitiva. Esta deducción se ve confirmada por la regulación del Código Penal en el art. 23, ya que se admite que la medida proceda contra los terceros, que no pueden adquirir un derecho más extenso que el tradente. Por ello la medida adquiere carácter *in rem*, pudiendo perseguir al bien, independiente de su tenedor –a menos que sea un adquirente a título oneroso-; no siendo aplicable la limitación del principio de intrascendencia de la pena.

En el caso en que los bienes sean instrumentos, el bien tiene causa jurídica, tal vez fue heredado o adquirido en un comercio a través de un contrato de compraventa. Nadie negaría el derecho de propiedad anterior a que el sujeto cometa la conducta delictiva e incluso el derecho a realizar acciones destinadas a la protección de dicho bien. Sin embargo, creemos que si esta medida se inserta en una política pública de recupero de activos, no se encuentra presente el elemento c), teniendo un fin restaurador. Téngase en cuenta que la posesión del bien tiene causa jurídica, por ello los terceros que los adquieran quedan a salvo, ya que de no acreditarse su uso de la propiedad como instrumento del delito, no podrá procederse contra ellos a través de esta medida de decomiso. De modo que la medida adquiere cierto carácter *in personam* valorándose la conducta de utilizar el bien como instrumento de un delito.

En relación con el carácter accesorio, debemos señalar que si se realiza un estudio dogmático del Código Penal, se aprecia que es posible dictar una medida de decomiso, pese a que esté extinta la acción penal. De modo que nos preguntamos, si tuviera carácter punitivo y resultara accesorio de la pena principal ¿Podría procederse a decomisar cuando la acción penal principal se encuentra extinguida? Resulta incuestionable que la respuesta sea negativa, y por lo tanto, la procedencia del decomiso pese a la extinción de la acción penal se debe a que es una medida autónoma e independiente de la acción penal, aunque puede ser aplicada dentro del proceso penal aprovechando la investigación realizada.

En este sentido, si analizamos el art. 76 bis del CP, regulador de la suspensión de juicio a prueba, establece el deber del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso

que recayera condena. Téngase en cuenta que la *probation*, previsto en el art. 76 y ss., suspende la acción penal y de darse los requisitos, puede implicar la extinción de la misma. De modo que la ley penal, habilita a la aplicación de la medida de decomiso, incluso cuando resulte suspendida y posteriormente extinguida la acción penal.

Lo propio hace el art. 64 al disponer la extinción de la acción con el pago de la multa.

Por último, cabe sostener como otro fundamento dogmático que el art. 278¹⁶ regulador de la figura penal de lavado de activos prevé que

Los objetos a los que se refiere el delito de los incisos 1, 2 ó 3 de este artículo podrán ser decomisados

En consecuencia, se ha reconocido que el dinero y los bienes provenientes de un delito que superen determinada cifra quedan sujeto a la medida de decomiso, cuando esta procede siempre y cuando no resulten afectados los derechos de un tercero -quién no han intervenido, ni han participado en la operación de lavado de activos-¹⁷.

¹⁶ El artículo 278 del Código Penal dispone que “1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; [...]

2) *(Inciso vetado por Decreto N°370/2000 B.O. 10/5/2000)*

3) El que recibiere dinero u otros bienes de origen delictivo, con el fin de hacerlos aplicar en una operación que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido conforme a las reglas del artículo 277”.

¹⁷ En otro sentido se ha entendido que cuando la norma habla de “faculta” dice “obliga”. Al respecto, ver a BULIT GOÑI cuando plantea que “[m]as allá de lo ya dicho respecto de la nueva redacción del artículo 23, subsiste aún en el inciso 4) del art. 278 un decomiso facultativo para los bienes involucrados en las acciones típicas de lavado y receptación trunca que contemplan los incisos 1) y 3) del mismo. Esta disposición entra en colisión directa con lo que establece el art. 23 de C.P. -en la redacción anterior tanto como en la que le da la ley 25.815- que dispone el desapoderamiento de los instrumentos y efectos del acto

Se advierte que esta norma no esta prevista como consecuencia jurídica directa de la conducta reprimida, sino que está dispuesta en un inciso aparte. Asimismo, se dirige sólo contra los bienes debiendo verificarse que son provenientes de un delito. Por ello, podría afirmarse que estamos ante el reconocimiento de una acción *in rem*, que quedará limitada por las disposiciones del art. 23 referentes a la protección de terceros.

- No aplicación de principios constitucionales del derecho sancionatorio a la medida de decomiso.
- Regulación como medida de coacción directa administrativa o mecanismo reparador.

1.1 Regulación del Código Penal

delictivo como efecto colateral de la sentencia, dejando a salvo los derechos del tercero de buena fe.

Por ende, cabe concluir que ambas disposiciones tienen como objeto las mismas cosas materiales o inmateriales, y en ambos casos que las mismas deben estar relacionadas con un acto ilícito. Si se pretendiere dar una autonomía al 278 que excluyera el principio general del 23 por aplicación de la regla de la especialidad, se darían una serie de contradicciones difíciles de aceptar:

a) Quedarían excluidas del decomiso facultativo los bienes lavados que tuvieran un valor inferior a los cincuenta mil pesos, a los que se los habrá de incautar por aplicación del art. 23. Es decir, el delito más leve tendría una consecuencia económica más grave al no poder evitar el lavador de menos de 50.000 el decomiso que el lavador de más de 50.000 sí podría;

b) En los procesos de lavado de dinero en curso por aplicación del art. 25 de la ley 23.737, los imputados se beneficiarían en virtud del principio de la ley penal más benigna (el 278 actual), pudiendo evitar el decomiso de los bienes.

c) Si se adopta la postura que el art. 278 inc. 4) excluye y desplaza al 23, el tercero de buena fe quedará huérfano de la protección que este le ofrece y de que carece en el caso del 278, lo que no parece atinado por comprometer expresas garantías constitucionales (ya que no hay decomiso sin condena ni condena sin culpa) al poder disponerse el desapoderamiento sin el debido resguardo hacia ese tercero ajeno al hecho del lavado”, BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

El Código Penal prevé la figura del decomiso, regulada principalmente en el art. 23¹⁸, que dispone

En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éste.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se lo destruirá.

En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los arts. 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima

A continuación realizaremos el análisis de esta norma, que establece las cuestiones sustanciales del decomiso.

1.2 Objeto de la medida de decomiso

Se dispone que la medida procede tanto contra “las cosas que han servido para cometer el hecho”, “las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”.

En consecuencia, se está refiriendo en primer lugar a los instrumentos y, luego, al producto del delito¹⁹.

¹⁸ La norma del Código Penal fue recientemente modificada por la ley 25.815 y 25.742.

¹⁹ En el mismo sentido el art. 31 de la Convención de la ONU, inc. 1, puntos a y b. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuando hace referencia a las medidas de asistencia internacional respecto a los bienes, estipula en el artículo XV que

1.2.1 Instrumentos del delito

En consecuencia, deben ser objeto de decomiso todas las cosas –objetos materiales susceptibles de valor- que hayan sido efectivamente utilizadas en la comisión de la conducta delictiva; independientemente de haber sido o no imprescindibles o de tener un destino específico²⁰. En este supuesto, como lo

pueden ser objeto los "bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes".

²⁰ “Que los instrumentos o efectos del delito son los elementos que se utilizan como medio de ejecución de aquél”, “Gi Du Hyeong”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, 15/07/1997, LA LEY 1998-A, p. 380, DJ 1998-1, p. 1021.

“Los instrumentos del delito son los objetos intencionalmente utilizados para cometer el delito consumado o tentado”, C.C.C., 22/9/31, Fallos t. II, p. 36, C.C.C., 10/11/39, Rev. LA LEY, t. 16, p. 1011.

“Son instrumentos del delito, en los términos del art. 23 del Cód. Penal, aquellos objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el ilícito, ya sea que se trate de objetos específicamente destinados al mismo u ocasionalmente utilizados para la comisión de éste”, “Jerez, Víctor E. s/rec. de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 08/09/2003, ED 10/02/2004, p.7, LA LEY 2004-B, p. 603.

“Pueden constituir un instrumento del delito, tanto los objetos destinados a cometerlos, como los utilizados eventualmente para hacerlo, siempre que el actor se haya servido de la cosa como medio comisivo del delito, pues, contrariamente a lo que entienden algunos tribunales (C.C.C. 22/9/31, Fallos, t. II, p. 36; CFed. de Rosario, 26/4/47, J.A., 1947, II, p. 217) la ley no atiende al destino de los objetos, sino a su utilización en el caso concreto (Núñez, Ricardo C. op. cit. 81/82).

Integran el concepto de instrumentos del delito, todos aquellos medios utilizados para ‘cometer el delito’, resultando indiferente que eventualmente fueren destinados a ese fin o que constituyen elementos de trabajo del condenado, la ley no atiende al destino de los objetos, sino a su utilización en el caso concreto

Pueden constituir un instrumento del delito, tanto los objetos destinados a cometerlos, como los utilizados eventualmente para hacerlo, siempre que el actor se haya servido de la cosa como medio comisivo del mismo, pues la ley no atiende al destino de los objetos, sino a su utilización en el caso concreto”, “Caldarone, Pedro V.”, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, 20/10/1989, LLCP 1990, p. 1053.

“Son instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) aquellos objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito”, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, 1995.

Desde cierto sector jurisprudencial se ha sostenido que abarca solo las cosas específicamente diseñadas para cometer delito. “Los instrumentos del delito cuyo decomiso ordena el art. 23 CP., en caso de condena, son fundamentalmente las armas u objetos

sostuvimos en los informes previos, el juzgador deberá valorar la causalidad y verificar que el bien fue un medio necesario para la comisión de la conducta delictiva, lo cual dependerá del marco circunstancial. Debe tenerse en cuenta que no resulta definitivo las características del bien, ya que cualquiera puede ser utilizado para la comisión de un delito.

En relación con este concepto, ZAFFARONI, siguiendo a los autores clásicos nacionales, ha sostenido que comprende a las cosas que “el autor utilizó *dolosamente* para cometer el delito”²¹. Asimismo, apuntó que “puede tratarse de cosas que pertenecen al autor como a los partícipes, dado que los únicos que quedan excluidos son los terceros *no responsables*”²². Además, remarca que las cosas “pueden tratarse de un instrumento que se haya utilizado para cualquier acto ejecutivo punible, para un acto consumativo y aun actos de agotamiento”²³.

especialmente fabricados para delinquir”, “Flageat, Alberto E.”, C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, 24/7/1981, JA 1982-II-359.

"Las razones que fundamentan el art. 23 del Cód. Penal no autorizan el decomiso de aquellos objetos que ocasionalmente han servido para la comisión del delito. El propósito del legislador fue impedir que el delincuente conservara el arma o que las armas construidas para la agresión pasaran a manos de individuos avezados al delito, por lo cual se prohíbe también su venta, que antes se autorizaba. Este concepto de defensa social explica el decomiso de armas o de instrumentos especialmente fabricados para cometer delitos, pero no de toda clase de objetos que en más de un caso pueden ser elementos de trabajo, como ocurre en el 'sub iudice'", CCC, sala III, 22/9/31, Fallos: II-36; CCC, 1968, JPBA, 17-2109; Fallos: 4-245; CFed. Ros., JA, 1947-II-217.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943.

²² ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943. – Debe tenerse en cuenta que en el concepto de terceros se ha comprendido a acreedores prendarios cuya garantía es el bien sobre el cual procedería la medida de decomiso. “La limitación del art. 188, tercer párrafo, de la ley de aduana (Adla, XLI-A, 1325), en cuanto exige la propiedad de lo comisado en cabeza de los responsables para la procedencia de la pena, señala indirectamente que no puede afectarse a terceros no responsables, correspondiendo extender la limitación a quienes tuvieran sobre los bienes un derecho real de prenda adquirido con anterioridad a la fecha de consumado el delito de contrabando, lo que les garantiza con privilegio especial el cobro de su crédito prendario”, “Bank Boston National Association c. Arrupea, Juan A.”, CN Com – Sala B, 16/8/1999, LA LEY 2000-A, p. 238 - DJ 2000-2, p. 503.

²³ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943.

Debemos decir que teniendo en cuenta la actual regulación, no surge del análisis dogmático que la medida quede restringida a la figura culposa. ¿Acaso no son utilizadas las cosas en los delitos culposos? Debe tenerse en cuenta que si consideramos que el fundamento de la procedencia de la medida contra los instrumentos tiene como causa su uso ilegal, lo propio también acontece en las figuras culposas en las cuáles las cosas son utilizadas violando el deber de cuidado. En toda caso, creemos que si se desea acotar la procedencia del decomiso contra los instrumentos de las figuras dolosas, deberá ser establecido en la propia norma de decomiso de forma expresa.

Otra de las proposiciones del Dr. ZAFFARONI es que la medida procede contra el autor y los partícipes. Ahora, ¿procedería la medida de decomiso si en un proceso penal contra el autor se determina que una de las cosas fue instrumento de la conducta delictiva y que, a su vez, pertenece a uno de los partícipes?²⁴ Es decir, lo que nos preguntamos es si se podría proceder con una medida de decomiso cuando se acredita judicialmente en un proceso penal contra el autor que un bien perteneciente a un partícipe fue utilizado como instrumento. Esto podría acontecer pese a que el partícipe no esté siendo juzgado porque se encuentre rebelde, por ejemplo. Creemos que esto no está regulado y difícilmente sea aceptado jurisprudencialmente²⁵, pero consideramos que cuando en un

²⁴ “Sin embargo, NÚÑEZ afirma que en caso de absolución de un partícipe por causas personales de no punibilidad, entonces, procede el decomiso contra él en caso de condena de los otros participantes. En ese caso, las causas de no punibilidad sólo excluyen la pena en forma individual al que se encuentra comprendido en la causal respectiva y no cubren a los otros partícipes, son causas basadas en fundamentos de política criminal que no hacen desaparecer la responsabilidad por el hecho. VAZQUEZ IRZUBIETA no coincide con este punto, pues sostiene que el delito es un hecho típico, antijurídico, culpable y punible y que por ello no cabría el decomiso para quien por imperio de la propia ley penal no es punible y no ha cometido delito alguno, estableciendo la excepción respecto del arma de tenencia prohibida, la cual sí puede ser decomisada no por causa del delito sino porque la misma tenencia es prohibida”, *Trabajo de la OA*.

²⁵ Exigiendo necesariamente la condena de autores y partícipes, se ha sostenido que “[t]eniendo en miras la naturaleza del instituto, resalté en aquella oportunidad que ‘los autores le atribuyen de modo uniforme el carácter de una pena, ya denominándola ‘pecuniaria’ o ‘accesoria’, en esta última postura se alinean por un lado Soler quien entiende que dado su carácter retributivo debe limitarse a objetos del condenado (t. II, p. 399) y Núñez que se trata de una pena para los condenados como participantes del delito,

proceso penal se descubren bienes que puedan ser decomisados, debería preverse la posibilidad de notificar al partícipe afectado y luego iniciar un procedimiento contradictorio para efectivizar la medida de decomiso..

Concordamos con ZAFFARONI, cuando sostiene que el instrumento debe haber sido utilizado en la etapa ejecutiva, no aplicándose la medida de decomiso contra los bienes usados en los actos preparatorios. Esto se explica en que la privación de la propiedad se justifica en que el instrumento es utilizado provocando o permitiendo la afectación de un bien jurídico, lo cual no acontece en la etapa preparatoria.

Debemos señalar que no se prevé específicamente que la medida pueda dirigirse contra bienes que representen el valor de los instrumentos cuando no pueden ser individualizados o rastreados. De este modo, el afectado puede liberarse de la medida, si encubre o transfiere jurídicamente los instrumentos. Téngase en cuenta que la normativa nacional protege genéricamente a los terceros. Así tampoco se comprende a los ingresos generados por los instrumentos.

- Posibilidad de decomisar los bienes pertenecientes a los partícipes sin necesidad de una sentencia condenatoria en su contra.
- Falta prever como objeto a los ingresos de los instrumentos.
- Falta prever como objeto al valor de los instrumentos.

cualquiera que sea la especie de esa participación, que recaer sobre los objetos que les pertenecen, y si pertenecen a un partícipe todavía no declarado tal por sentencia firme, la condena recaída para otro no aparece el decomiso ("Derecho Penal Argentino", t. II, ps. 445 y ss.). Es decir que para el decomiso se requiere como presupuesto que su titular sea condenado; circunstancia que en este caso ha quedado definitivamente excluida. Por lo demás, uniformemente los precedentes jurisprudenciales han limitado el decomiso a las cosas propiedad del condenado (C. Nac. Crim. y Corr., en pleno "Fragnito, Antonio", rta. el 5/8/1955; sala 4ª, "Bustos de Castro, M. ", rta. el 13/8/1991; sala 1ª, "Añon, José A. ", rta. el 30/6/1992; C. Nac. Penal Económico, sala 3ª, "Narodinsky, David", rta. el 4/7/1967), por lo cual si el objeto, aunque utilizado en el hecho pertenece a un sujeto absuelto, el decomiso no procede (cfr. De la Rúa, Jorge, "Código Penal Argentino. Parte general", 2a edición, p. 347).

1.2.2 Producto del delito

El decomiso procede contra el producto de la actividad delictiva, al considerar el art. 23 que comprende “las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito”. Por lo tanto, se pretende abarcar a las cosas que son derivadas de la conducta delictiva como también a los ingresos en dinero provocados por la actividad delictiva²⁶. En consecuencia, se abarca al producto convertido o transformado, al mezclado con otros bienes y al ingreso del producto o de su transformación, si nos atenemos a la conceptualización de la Convención de la ONU²⁷. Sostuvo ZAFFARONI, analizando la anterior redacción que utilizaba el concepto de “efectos”, que “son cualquier mercancía (legal o ilegal en cuanto a su tenencia y circulación) obtenida mediante el injusto, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o de cambio), o sea, que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, o sea que se trate de los efectos provenientes de un delito sin distinguir que sean los efectos inmediatos o mediatos del ilícito”²⁸.

²⁶ “[S]e refiere al producto del delito o al dinero, cosa u objeto obtenido por el hecho punible, denominados clásicamente como los ‘producta sceleris’.

El término efectos aludido en la redacción del art. 23 del Código Penal comprende al bien objeto del delito y la finalidad del decomiso es evitar que el autor del delito se beneficie con los efectos provenientes de su obrar ilícito (Creus ‘Manual de Derecho Penal pag. 518)’”, “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

²⁷ El artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas dispone que “Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito”.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943.

Debe reconocerse que en el art. 277 se dispone que el objeto de la medida del inciso 4 hace referencia tanto a los bienes que son fuente directa de un delito como a los subrogantes.

En la jurisprudencia, se ha sostenido que “los efectos indirectos del delito, esto es los objetos adquiridos con lo directamente obtenido por él, son alcanzados por el concepto

No se prevé genéricamente que procede la medida contra el valor del producto, cuando este no puede ser rastreado o individualizado²⁹. En consecuencia, pese a que es posible aplicar la medida contra bienes que no son derivados directamente de la actividad delictiva, va a ser necesario reconstruir la ruta del dinero para que sea procedente la medida contra los bienes derivados indirectamente; no pudiendo actuar sobre cualquier bien por el valor correspondiente al objeto de la medida de decomiso³⁰. Esto no resulta ser

legal. Se funda esta última posición en el sentido ético que debe tener la norma para impedir que el autor del ilícito pueda seguir disfrutando de lo que por él obtuvo, ya que carecería de sentido imponer la pena y permitir que el delito siga produciendo sus efectos. También J. Federik se inclina por esta solución, ya que los ‘efectos del delito podrían, de lo contrario, ser trocados y escapar a la previsión legal que por otra parte no restringe el significado de la palabra efectos y el objeto adquirido por el delincuente con la enajenación de lo robado no deja de ser un producido del delito’ (Código Penal, análisis doctrinario y jurisprudencial” Parte General I Hammurabi 1997, pag. 312)”, “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

En contra, se ha considerado que “el comiso debe extenderse en el caso de enajenación onerosa del objeto, al *producto* de la misma. Tal extensión, si bien estaría de acuerdo con el carácter penal del comiso, contrariaría el inequívoco texto legal”, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal...*, ob.cit.

Limitando la aplicación de la medida a los bienes directamente obtenidos por la conducta delictiva, se ha considerado que “[n]o procede el decomiso de automotores como instrumentos del delito porque ello no se compadece con los fundamentos del citado instituto y tampoco en los casos del segundo supuesto del art. 23 C.P. cuando el rodado decomisado no es producto del delito, sino un bien que sustituyó a éste en el patrimonio del autor”, “Monelos, J.”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 12/8/1980, votos de Andreggen y Calvo.

²⁹ “NUÑEZ afirmaba en tal sentido que lo que se decomisaba eran los efectos mismos del delito y no su valor o los objetos por los que el autor del hecho los hubiere trocado, pues de lo contrario se estaría alterando la naturaleza de la pena, y se basaba para ello en una cita de una nota del proyecto Tejedor que refiere que no se admite que la confiscación del objeto se transforme en una confiscación de su valor (p. 445)”, *Trabajo de la OA*.

Por el contrario, el art. 3 de la ley colombiana ha establecido que “Cuando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular”.

³⁰ Si bien desde una lógica punitiva y en el ámbito del derecho penal aduanero, se ha sostenido que ante la improcedencia de la medida de decomiso correspondía la multa. Al respecto se dijo “[e]l art. 172 de la ley de Aduana (ADLA, 1920-1940; 148; XXII-A, 373), establece que ante la imposibilidad de aprehender la mercadería, la pena de comiso será reemplazada por una multa igual al valor de la mercadería, principio también sentado por el art. 179, que no admite, como principio general la no redención del comiso cuando fueren

necesario cuando el hecho imputado es el enriquecimiento ilícito, ya que no se alega un hecho circunstanciado como causa fuente de la adquisición de bienes³¹.

de aplicación, entre otros, el art. 172, que dispone ante la mencionada imposibilidad, a manera de excepción, que dicha pena-comiso se sustituya por una multa igual al valor”, “Kerszberg, S. A. c. Gobierno Nacional -A. N. A.-“, LA LEY 1986-E, 637 - DJ 1987-1, p. 698.

El Art. 876 del Código aduanero actual prevé que “en los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865, 866, 8718 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicaran las siguientes sanciones:

a) el comiso de la mercadería objeto del delito, cuando el titular o quien tuviere al disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria”.

En materia de infracciones se ha previsto en el art. 922 que “Cuando se tratare de comiso y el titular o quien tuviere al disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiera aprehenderse, dicha pena se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza. Cuando la mercadería no se encontrare en un ámbito sometido a la soberanía de la Nación Argentina se considerara que la mercadería no puede aprehenderse”.

³¹ “La controversia acerca del objeto sobre el cual debe recaer el decomiso -a la que hicieramos referencia al comienzo de este punto- no adquiere relevancia en el presente caso, en virtud de que efecto de este delito, tal como lo definiéramos, resulta ser en definitiva el incremento patrimonial comprobado y no justificado”, “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

En contra, “[l]a diferencia es sutil pero a poco que reparemos que en ningún momento se investigó cuál era el origen real de los bienes no justificados, ni mucho menos aún se determinó la ilicitud de ese origen, mal podemos decir que ellos provienen de un delito. En ninguno de los dos supuestos que, por unanimidad, tuvimos por no justificados dijimos que esas sumas provenían de algún delito, y por ello es que sostengo que no pueden ser decomisadas, más allá, o más acá, de que tomemos al ilícito en cuestión como delito de omisión -no justificar-, o de acción -enriquecerse-.

Sabido es que la inconsecuencia del legislador no se presume. Entonces, si el delito de enriquecimiento ilícito es susceptible de decomiso (art. 23 del C.P.), como sostiene el voto de la mayoría, cómo se explica que la ley nro. 25.188, modificatoria del código de fondo, establezca en el nuevo art. 23 el decomiso de ‘...las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito.’, y por el nuevo art. 268 (2) que la misma ley contempla, fije como pena conjunta con la de prisión una multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento? Que sentido tiene la multa del nuevo art. 268 (2) si con el decomiso del art. 23 era suficiente?

Con el criterio que disiento pareciera que quien sea condenado por el delito que nos ocupa bajo la nueva normativa indicada debería sufrir el decomiso de ‘...las ganancias que son el producto o el provecho del delito’ y, además, una multa del cincuenta por ciento al cien por ciento del valor del enriquecimiento, es decir una doble sanción por el mismo hecho.

Creemos que sería recomendable en este supuesto, establecer como causal específica que procede el decomiso contra los bienes no justificados para evitar debates jurisprudenciales³².

- Falta prever expresamente como objeto al valor del producto.
- Falta prever expresamente que la medida de decomiso se dirige contra los bienes no justificados en un proceso penal por enriquecimiento ilícito.

1.3 Ámbito

El art. 23 se incluye en la parte general siendo aplicable a todos los delitos previstos en el Código Penal y en las leyes penales especiales³³. Aunque pueden preverse disposiciones particulares para algunos delitos, como es el caso del narcotráfico.

1.4 Competencia normativa

Creemos que los aspectos sustanciales del decomiso pueden ser regulados en el Código Penal o en otras leyes comunes, sin embargo el

Lo cierto es que, a mi juicio, el delito de enriquecimiento ilícito no admite el decomiso del art. 23 del código sustantivo, ya sea con la antigua legislación o con la actual”, minoría de “María Julia Alsogaray”, Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4, 31/5/2004.

³² El art. 2 de la ley colombiana establece la procedencia de la medida de extinción del dominio “1. Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo”.

³³ Téngase en cuenta el art. 4 del Código Penal que establece que “Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”.

“Con la aplicación de lo dispuesto por el art. 23 del Código Penal a las infracciones legisladas en la ley 19359, no se trata de agravar las sanciones en ésta establecidas con una pena accesoria, en virtud de razonamientos analógicos para cubrir un vacío legal, sino de remitirse a una norma general cuyas previsiones se extienden a todas las figuras represivas contempladas por leyes especiales”, “Tomin S.A.I.C.F.I. /liq. y otros”, Corte Sup., 1977, *Fallos* 299:167.

procedimiento y la disposición de los bienes decomisados queda a cargo de los órganos legisferantes provinciales³⁴.

Creemos que en el caso de los hechos de corrupción realizado por funcionario públicos nacionales o que afectan a la Administración Pública Nacional, el procedimiento necesario para decomisar debe ser regulado por las normas nacionales dictadas por el Congreso Nacional. En cambio, cuando afectan a la Administración Pública provincial o fueran realizados por funcionarios públicos provinciales, el procedimiento debe ser regulado por las normas locales.

1.5 Sujeto beneficiario

El decomiso, como lo definimos previamente, es a favor del Estado, quedando el bien a su disposición para que luego tome medidas de justicia restaurativa –a favor de la víctima o de la sociedad civil, dependiendo del caso concreto-.

Se establece que la medida va a beneficiar al Estado Nacional, a las Provincias y a los Municipios. Se comprende la inclusión de los dos primeros entes, sin embargo, no se entiende cuando va a procederse a favor del municipio, cuyos órganos jurisdiccionales no están facultados constitucionalmente para aplicar el Código Penal. Asimismo, no se ha incluido a la Ciudad de Buenos Aires,

³⁴ Con referencia a las potestades normativas respecto de los bienes peligros, se ha considerado que “a las provincias les corresponde legislar sobre ‘decomiso’, dentro de sus respectivos territorios, en las materias comprendidas en el *poder de policía*, cuyo ejercicio se han reservado al constituir la unión nacional (seguridad, moralidad y salubridad).

A la Nación le corresponde legislar sobre ‘decomiso’: a) en todo lo que el mismo pueda vincularse al régimen aduanero, pues a la Nación le corresponde legislar sobre aduanas ‘*exteriores*’ (Constitución Nacional, artículo 67, inciso 1°); b) en los lugares donde, de acuerdo con la Constitución, ejerza jurisdicción exclusiva; en estos lugares la legislación sobre decomiso tendrá lugar con motivo del ejercicio del poder de policía; c) en los casos que, por su índole, ‘*siempre*’ afecten a todo el país, y no sólo a la Capital o a una provincia; vgr., policía del cinematógrafo, cuya *moralidad* debe ser controlada por la Nación, quien, incluso, puede disponer el decomiso de películas inmorales. La fuerza *expansiva* del cine, su carácter de *universalidad*, es reconocido por los estudiosos”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

de modo que de producirse el traspaso de la Justicia no pueda ser beneficiaria de los bienes decomisados por la hoy denominada Justicia Ordinaria.

- Falta prever a la Ciudad de Buenos Aires como beneficiaria

1.6 Sujeto pasivo

En principio, parecería que la medida se destina sólo contra los responsables de la conducta delictiva –autor y partícipes-, ya que el primer párrafo excluye de la medida a los terceros. Sin embargo, subsiguientes párrafos permiten la afectación de bienes en poder de terceros, no involucrados –o al menos, no probada su participación- en la conducta criminal³⁵.

Específicamente, la medida procede contra los terceros que poseen bienes peligrosos. Lo cual, es comprensible, ya que nadie puede tener derecho sobre un bien que afecte a la seguridad común. No se comprende muy bien a que se refiere la buena fe para justificar la indemnización, pero estimamos que el tercero debería acreditar que no sabía o no podía saber que el objeto era peligroso. En estos casos, la medida se asemeja bastante a una expropiación, ya que el afectado es indemnizado. Creemos que esta disposición normativa no debió haber sido prevista en este artículo del Código Penal, ya que no es una sanción y nada tiene que ver con la verificación de una conducta delictiva. ¿Acaso un bien peligroso que su tenencia no esté tipificada o que no sea instrumentos de un

³⁵ Considerando que la extensión viola garantías constitucionales, se ha dicho que “ya que no puede extenderse el desapoderamiento que el comiso implica a quienes no tienen relación alguna con el delito, ya que ello atentaría contra expresas garantías constitucionales (arts. 17, 18, 19, 28, 39 C.N.), razón por la cual nos inclinamos por la primera y atribuimos al legislador la intención de dejar sentado claramente -bien que innecesariamente, a nuestro juicio- que dichas cosas, muebles o inmuebles, constituyen ‘elementos del delito’ en ambos casos y, en tal carácter, pasibles de desapoderamiento a favor del estado. Ello requerirá, ciertamente, la existencia de un ‘vínculo de atribución’ de dichas cosas a la figura típica y la no ‘ajenidad’ del titular del dominio de ellas con el accionar delictivo, lo que constituirá cuestiones de hecho que deberán ser probadas suficientemente en sede judicial”, BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

delito, no debe ser decomisado? Consideramos que el decomiso de los bienes peligrosos es una medida propia del poder de policía del Estado para preservar los bienes jurídicos individuales y colectivos y, que sólo eventualmente, puede ser aplicado en el proceso penal³⁶.

También, procede el decomiso contra terceros que han adquirido el producto de una actividad ilícita a título gratuito, sin diferenciar si fue por un acto entre vivos o *mortis causae*. Esto se sustenta en el principio civilista del *nemo plus iuris*³⁷, por el cual el adquirente no puede adquirir un derecho más extenso que el tradente; y en este caso, éste último no poseía legitimidad en su título. La procedencia de la medida contra terceros es admisible constitucionalmente, ya que no tiene función punitiva, de lo contrario, afectaría el principio de intrascendencia de la pena.

No se prevé expresamente que la medida sea procedente contra terceros adquirentes a título oneroso de mala fe³⁸, esto genera complicaciones, porque

³⁶ “[E]l decomiso, como medida de policía, no siempre requiere ‘*culpa*’ y menos aún dolo en el propietario de la cosa decomisada. Para la procedencia del decomiso basta con la infracción ‘*formal*’ de la norma. Así, cuando un animal contrae una enfermedad peligrosa o contagiosa sin culpa de su dueño, la autoridad competente puede igualmente disponer su sacrificio (‘decomiso’). Desde luego, con mayor razón será procedente el decomiso cuando la infracción obedezca a culpa o dolo del propietario de la cosa; verbigracia, cuando un animal adquiere una enfermedad peligrosa o contagiosa por negligencia de su propietario que no adoptó las medidas profilácticas pertinentes. Como bien se hizo notar, ‘las transgresiones consistentes en el incumplimiento de reglamentos, ordenanzas, edictos, no siempre implican faltas conscientes o deliberadas de un deber jurídico de convivencia’, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

³⁷ El art. 3270 del Código Civil establece que “Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”.

³⁸ El artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas, intenta conciliar los distintos intereses en juego en estas medidas estatales sobre bienes, al disponer que “Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”.

En Colombia, se ha regulado en el artículo 3 de la ley de extinción de dominio que “Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa”.

En Estados Unidos, se ha dispuesto que “(i) did not know of the conduct giving rise to forfeiture; or

para proceder contra estos sujetos debería utilizarse la figura penal del encubrimiento³⁹; debiendo iniciar una acción penal independiente para decomisar. Debe aclararse que por respeto de las normas civiles –Código Civil, art. 1051⁴⁰-, no podrá procederse contra el tercero de buena fe que adquirió el bien a título oneroso.

La medida de decomiso si afecta al mandante o a la persona jurídica que haya sido beneficiada por la conducta delictiva exigiéndose que el autor o el partícipe haya actuado como mandatario, órgano, miembro o administrador. De este modo, siguiendo la normativa internacional⁴¹, se responsabiliza a la persona jurídica por las acciones de sus representantes. En el caso del mandante, se da un supuesto de responsabilidad por el hecho del otro lo que ya está previsto en materia civil⁴².

En estos supuestos sólo habría que acreditar la relación jurídica o real existente entre el mandatario o el representante y el mandante o la persona jurídica, que el bien sea producto de un hecho delictivo y que se hubiera integrado al patrimonio del mandante o de la persona jurídica. Éste último elemento puede llegar a dificultar la procedencia de la medida, ya que hubiera sido deseable que

(ii) upon learning of the conduct giving rise to the forfeiture, did all that reasonably could be expected under the circumstances to terminate such use of the property”.

“(B) (i) For the purposes of this paragraph, ways in which a person may show that such person did all that reasonably could be expected may include demonstrating that such person, to the extent permitted by law -

(I) gave timely notice to an appropriate law enforcement agency of information that led the person to know the conduct giving rise to a forfeiture would occur or has occurred; and

(II) in a timely fashion revoked or made a good faith attempt to revoke permission for those engaging in such conduct to use the property or took reasonable actions in consultation with a law enforcement agency to discourage or prevent the illegal use of the property”.

³⁹ El artículo 277 del Código Penal dispone que “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: [...] c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito”.

⁴⁰ El artículo 1051 del Código Civil dispone respecto de los bienes inmuebles que “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

⁴¹ Véase el art. 26 de la Convención de la ONU contra la Corrupción.

pueda procederse contra la persona jurídica o el mandante independientemente si se rastrea la ruta del producto delictivo.

- No se prevé que procede contra los terceros de mala fe que han adquirido el bien a título oneroso.
- No se prevé que procede contra los adquirentes a título gratuito o a título oneroso de mala fe de instrumentos de la actividad delictiva.
- Dificultosa procedencia de la medida contra el mandante o la persona jurídica por la necesidad de acreditar que han sido beneficiadas concretamente por la actividad delictiva.

1.7 ¿Necesidad de sentencia?

Creemos que el art. 23 no estipula la necesidad de que haya sentencia penal para que proceda la medida de decomiso⁴³. Lo único que establece, a nuestro juicio, es que cuando se inicia un proceso penal y se verifican los

⁴² Ver al respecto, los artículos 1113, 1114, 1117, 1118 y 1119.

⁴³ Se ha considerado que la regulación actual sólo establece que debe procederse con el decomiso tras producida la sentencia. “1) Las resoluciones sobre decomiso de efectos, sólo deben efectuarse en el momento de dictar la sentencia definitiva”, “Monelos J.”, C. Nac. Crim. y Corr., sala 6ª, 12/8/1980, votos de Andereggen y Calvo.

“Corresponde confirmar la sentencia por la cual se condenó al acusado en orden al delito de robo en grado de tentativa y se ordenó decomisar la bicicleta utilizada para cometer el delito, pues el decomiso constituye una pena accesoria de carácter retributivo que requiere para su procedencia que el titular del bien resulte condenado y que el objeto a decomisar haya sido empleado para la comisión del ilícito”, “Jerez, Víctor E. s/rec. de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal, sala IV, 08/09/2003, ED 10/02/2004, p. 7, LA LEY 2004-B, p. 603

“El ‘comiso’ del artículo 30 de la ley 23737 no es más que la previsión especial del ‘decomiso’ general del artículo 23 del Código Penal. Se trata por lo tanto de una pena pecuniaria accesoria de la condena y no de una medida cautelar”, “Johnson, I. y otros s/infr. ley 23737”, C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 19/12/1996, votos de Riva Aramayo, Vigliani.

“[L]a facultad del juez de adoptar, cuando lo entienda necesario y fundadamente, las medidas cautelares necesarias durante el proceso y por otro, que las mismas tienen, en principio, el carácter de provisorias toda vez que la condena será la que decida en forma

supuestos de procedencia, el juez al momento de dictar la sentencia condenatoria debe disponer conjuntamente la medida de comiso si correspondiere⁴⁴. Este sería

definitiva sobre tales bienes”, “Furlong, Héctor”, C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 31/10/2002, Expte. 34385.

⁴⁴ “La nueva fórmula legal del art. 23 del C.P., viene a dar por concluida la discusión de la doctrina nacional, respecto de la clase de condena que se requiere para sufrir además la del decomiso. Así, Ricardo Núñez consideraba que en los casos de condenas condicionales no procedía el decomiso, ya que el art. 28 del C.P., sólo excluye de la suspensión la reparación de los daños y el pago de las costas. Pero a partir de la nueva redacción del primer párrafo del art. 23, no caben dudas de que el decomiso debe decidirse "en todos los casos" en que recayese condena, cualquiera sea la que haya sido impuesta (privativa de la libertad - efectiva o condicional- multa o inhabilitación). En otras palabras, toda sentencia de condena esta obligada a decidir el decomiso de las cosas que hayan servido para cometer el hecho, y la de las cosas o ganancias que sean producto o provecho del delito”, PALACIO LAJE, Carlos, *Decomiso y encubrimiento atenuado (comentario a la ley 25.815)*, LA LEY 02/03/2004, p. 1.

“[I]mpone la obligación al juez de decidir al momento de la condena el destino de los elementos y productos del delito. Se reemplaza la primera frase del artículo en cuestión con la pretensión de convertir a dicho instituto en imperativo, y así excluir posibilidad alguna de que un delito castigado por el Estado, resulte un remanente de lucro para el delincuente”, BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

Considerándose que la nueva redacción le da margen de discrecionalidad al juez para disponer la medida de decomiso se ha dicho que “[s]omos de la opinión que dicho carácter [imperativo] venía contemplado en la redacción anterior de este artículo, ya que el mismo imponía el decomiso como consecuente natural e inexorable de la condena. Al decir ‘..la condena importa la pérdida a favor del estado...’ el régimen anterior no dejaba margen de maniobra al sentenciante el que no podía, so pena de dejar inconclusa su tarea, omitir dicha disposición; y en el caso de que así fuera, el Ministerio Público tenía la obligación de señalarlo en la forma y tiempo oportuno. Parece que al reemplazar esa redacción por la nueva e incorporar el verbo ‘decidir’, le cabría al juez la elección de no hacerlo”, BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

Con la anterior redacción, se ha entendido que la sentencia condenatoria lleva implícito el decomiso de los bienes involucrados. “[s]i la condena importa la pérdida de los instrumentos del delito (art. 23, Cód. Penal), significa que no es necesaria una disposición expresa en la sentencia que la ordene. (Núñez, Ricardo C. "Las disposiciones generales del Código Penal", p. 80, Ed. Lerner, De La Rúa, Jorge, "Código Penal anotado", p. 276, Ed. Lerner, Soler, Sebastián, "Derecho penal argentino", t. II, p. 401), “Caldarone, Pedro V.”, Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, 20/10/1989, LLC 1990, p. 1053.

Por nuestra parte creemos que una medida de decomiso, que jamás fue planteada en el proceso, ni argumentada y ni siquiera ha sido fundada expresamente al momento de decidir vulnera sustancialmente el debido proceso y provoca un “estado de sorpresa” al afectado inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho.

el marco mínimo que fija el Código Penal, quedando a criterio de cada jurisdicción la regulación del procedimiento para proceder al decomiso antes de la sentencia condenatoria penal, si lo considera deseable.

Debemos agregar que existen otras disposiciones del Código Penal en donde se admite la aplicación de la medida del decomiso antes o sin el dictado de una sentencia penal, lo cual, confirma dogmáticamente nuestra proposición.

Cabe citar el art. 76 bis regulador de la suspensión de juicio a prueba que establece el deber del imputado de abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. Téngase en cuenta que este instituto de la *probation*, previsto en el art 76 y ss., suspende la acción penal y de darse los requisitos, puede implicar la extinción de la misma. De modo que la ley penal, habilita a la aplicación de la medida de decomiso, incluso cuando resulte suspendida y posteriormente extinguida la acción penal. En consecuencia, procede la medida pese a no haberse dictado sentencia condenatoria, ni haberse acreditado la autoría del hecho. Sólo se exige cierta presunción de que los bienes serían decomisados, lo que se refiere a que les resulta aplicable alguno de los supuestos que hacen procedente la medida de decomiso.

Debe tenerse en cuenta que en materia del Régimen Penal de Estupefacientes, se prevé la posibilidad de decomisar en el proceso judicial sin necesidad del dictado de una sentencia penal condenatoria.

Al respecto, el art. 30 de la ley 23.737 establece que

El juez dispondrá la destrucción, por la autoridad sanitaria nacional, de los estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable o salvo que puedan ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia del uso a atribuirles. [...]

Además se procederá al comiso de los bienes e instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieran a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito. Igualmente se procederá a la incautación del beneficio económico obtenido por el delito.

Como se aprecia, la medida procede una vez que el juez verifica que está ante un bien que es definido como un estupefaciente o contra los instrumentos y

el producto del delito de narcotráfico. A lo sumo, debería existir la posibilidad para que los terceros afectados se defiendan, lo cual garantizaría el debido proceso.

Complementariamente y facultando al juez ha decidir el decomiso antes de la sentencia condenatoria⁴⁵, el art. 39 dispone que

⁴⁵ En contra, se ha considerado que “como lo señala el recurrente la ley 25246, en su art. 29, derogó el art. 25 de la ley 23737; sin perjuicio de ello y con relación a esta norma cabe puntualizar que su texto establecía: ‘...El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descriptos en la presente ley. Durante el proceso, el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización. En caso contrario, el tribunal dispondrá de las ganancias o bienes en forma prescripta en el artículo 39’.

Por su parte el art. 39 dispone: ‘Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refieren los artículos 25 y 30...’.

De la lectura de ambas normas -a las que podría adunarse la prevista en el art. 278, inc. 4, del CPen. texto según ley 25246 - se desprende, a mi modo de ver sin esfuerzo, la naturaleza eminentemente cautelar de las medidas que el tribunal competente puede adoptar con relación a los bienes detectados en el transcurso de la investigación, ello así a poco que se advierta no sólo la etapa procesal en la que se dictan sino también el texto del propio art. 25 el que, recuérdese, habilitaba al interesado a ‘probar durante el proceso su legítimo origen’, lo que no tendría sentido en caso de haber mediado un decomiso en los términos del art. 23 del CPen.

En tanto que el art. 39 -al que remitía la norma derogada- menciona claramente que ‘será la sentencia condenatoria la que decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados’. Así en caso de hallarse dinero en alguna cuenta bancaria, éste podrá ser embargado; se anotarán los embargos de los bienes registrables, tal el caso de autos y en los restantes supuestos, se ordenará el secuestro. También podrá disponerse la inhibición general de bienes y la incautación de documentación producida en las entidades financieras (cfr. Medina, Miguel Antonio, "Estupefacientes", p. 212).

La exégesis propiciada se compadece con lo regulado por el art. 23 de la ley de fondo en cuanto establece que: ‘La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados...’.

Por lo demás y como con acierto puntualiza el casacionista, no debe confundirse al decomiso con la medida procesal de secuestro; la primera de ellas importa la privación de los objetos en razón de su pérdida en tanto que la segunda no importa la pérdida de los objetos sino su aseguramiento a los efectos de la prueba o de los resultados del juicio (cfr. Núñez, Ricardo, "Manual de Derecho Penal", Parte General, p. 358)”, “Dobniewski, Luis”, C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 16/03/2001, voto de Fégoli.

Por nuestro parte creemos que pueden dictarse medidas cautelares en el proceso penal para asegurar los bienes que son susceptibles de ser objeto de decomiso y, luego, pueden ser decomisados si se verifica la causal en un procedimiento contradictorio; independientemente de la existencia de una sentencia penal condenatoria.

Salvo que se hubiese resuelto con anterioridad, la sentencia condenatoria decidirá definitivamente respecto de los bienes decomisados y de los beneficios económicos a que se refieren los arts. 25 y 30

En consecuencia, podría existir un procedimiento en donde se verifique la procedencia de la medida de decomiso al acreditarse alguno de las causales⁴⁶ o también podrían establecerse ciertos supuestos en que a través del proceso penal se verifiquen la procedencia de la medida de decomiso y se ejecute antes de que se dicte sentencia condenatoria.

Debe tenerse en cuenta que cada jurisdicción podrá establecer el procedimiento más adecuado para decomisar, sin exigirle que deba ser ante una autoridad judicial, siempre que respete los principios del debido proceso garantizando la defensa de los afectados y protegiendo a los terceros. Por lo cual, podrían preverse mecanismos civiles o administrativos independientes del proceso penal, sin vulnerar las disposiciones del Código Penal; ya que éste no prohíbe la adopción de medidas de decomiso antes de la sentencia como tampoco creemos que haya afectación *per se* de algún principio constitucional por estos procedimientos.

- Falta prever expresamente un procedimiento para decomisar antes de la sentencia penal en hechos de corrupción.
- Este procedimiento no requiere para su inicio o para la ejecución de su resolución de una sentencia penal condenatoria

1.8 ¿Juicio en rebeldía?

Debe señalarse que la legislación procesal penal prohíbe el juicio en rebeldía, lo cual se deviene de la garantía de defensa. Esta regulación, debido a

⁴⁶ “[S]i algún régimen penal especial contiene disposiciones referidas al decomiso de bienes, las disposiciones del artículo 23 deben ceder ante ellas; si no lo hacen, cobran plena vigencia las disposiciones del artículo 23 en virtud del mandato expreso de extensión que contiene el artículo 4° del Código Penal”, BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

la concepción penal de la figura de decomiso, impide que se aplique la medida cuando el titular del bien se encuentra rebelde. Sin embargo, debe reseñarse que en materia infraccional aduanera, donde resultan aplicables medidas de decomiso, se admite que el procedimiento administrativo continúe pese a la rebeldía del imputado⁴⁷.

- Falta prever un procedimiento en rebeldía.
- Debería preverse un mecanismo que asegure la notificación, que garantice la defensa a través de un abogado ejerciendo funciones de defensa pública y permitiendo que el afectado participe cuando finalice su estado de rebeldía sin retrotraer el proceso.

1.9 Decomiso después de la sentencia

Se ha considerado la posibilidad de disponer el decomiso después de dictada la condena penal, estando la medida a cargo del juez penal que llevo adelante la persecución penal. Sin embargo esta medida debe ser dictada en un plazo razonable⁴⁸.

⁴⁷ El Código Aduanero dispone en su art. 1105 que “El presunto responsable debidamente citado que no compareciere dentro del plazo previsto en el art. 1101, será declarado rebelde y el procedimiento continuara su curso aun sin su intervención”.

Por su parte el. 1106 establece que “El rebelde podrá comparecer en cualquier estado del procedimiento, pero éste no se retrotraerá”.

⁴⁸ “Si bien es cierto que se ha interpretado que es posible ordenarlo con posterioridad al dictado de la sentencia (conf. Tribunal Superior de Córdoba, sala Penal, ‘Caldarone, Pedro V.’, rta. 20/10/1989; publicado en La Ley Córdoba, 1990, p. 1053/1055), entiendo que habiéndose omitido expresamente en la sentencia, el decomiso debe ser dictado dentro de un tiempo razonable; razonabilidad que estaría dada, en todo caso, por el plazo previsto para el dictado de la aclaratoria.

Es que no puede supeditarse a la voluntad del tribunal -o a que el condenado solicite la restitución de alguno de los elementos secuestrados- a que pasado un tiempo más que prudencial, como en el caso de autos de casi seis meses desde el citado de la sentencia condenatoria, se le imponga al inculado una nueva pena; que si bien es accesoria y consecuencia directa de la principal, el dictado de la misma no puede quedar suspendido indefinidamente en el tiempo”, “García, Marcelo”, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/8/2002, voto de Mitchell.

1.10 Facultad de órganos administrativo para decomisar

Se ha admitido, en sede aduanera, la posibilidad de que la autoridad administrativa –Aduana- realice el procedimiento correspondiente para disponer el decomiso tras la verificación de un delito aduanero en sede judicial⁴⁹; aunque se ha mantenido la concepción del decomiso como una medida accesoria de la pena dispuesta en sede judicial⁵⁰.

⁴⁹ El Código Aduanero establece en el art. 1026 que “Las causas que correspondiere instruir por los delitos previstos en la sección XII, título I, de este código serán substanciadas [...] b) Ante el administrador de la Aduana en cuya jurisdicción se hubiere producido el hecho en cuanto se refiere a la aplicación de las penas previstas en el art. 876, apartado 1, en sus incs. a, b, c y g, así como también en el f excepto en lo que se refiere a las fuerzas de seguridad”.

Por su parte, el art. 876 dispone que “en los supuestos previstos en los arts. 863, 864, 865, 866, 8718 873 y 874, además de las penas privativas de la libertad, se aplicaran las siguientes sanciones:

- a) el comiso de la mercadería objeto del delito, cuando el titular o quien tuviere al disponibilidad jurídica de la mercadería no debiere responder por la sanción o la mercadería no pudiere aprehenderse, el comiso se sustituirá por una multa igual a su valor en plaza, que se impondrá en forma solidaria;
- b) el comiso del medio de transporte y de los demás instrumentos empleados para la comisión del delito, salvo que pertenecieren a una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso determinaren que no podía conocer tal empleo ilícito...”.

La Corte Suprema ha sostenido que “al haber recaído la correspondiente sentencia definitiva que impuso la pena de prisión a los procesados en la causa penal seguida por contrabando, la Administración Nacional de Aduanas quedó habilitada para la aplicación de las sanciones previstas en el art. 876, apartado 1, en sus incs. a, c, f y g, en función del art. 1026, inc. b, del Código Aduanero, Fallos: 321:2926, considerando 9”.

⁵⁰ “6) Que, en cambio, asiste razón a la recurrente en lo que atañe a las penas accesorias de multa e inhabilitación (art. 876, apartado 1, incs. c, f y g, del Código Aduanero) impuestas en primera instancia a los procesados. En efecto, cabe señalar que del ordenamiento aduanero (arts. 876, apartado 1, y 1026) surge que las citadas sanciones son accesorias de la pena privativa de libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo. Y ello es así, ya que el otorgamiento de la atribución de funciones jurisdiccionales a la autoridad aduanera depende de la ley, sin más limitaciones que las que surgen de los principios, garantías y derechos que la Constitución Nacional establece y consagra (Fallos: 321:2926, considerando 8).

7) Que por tales razones, al haber recaído la correspondiente sentencia definitiva que impuso pena de prisión a los procesados en la causa penal seguida por contrabando, la Administración Nacional de Aduanas quedó habilitada para la aplicación de las sanciones previstas en el art. 876, apartado 1, incs. c, f y g, en función del art. 1026, inc. b, del Código

En materia de infracciones aduaneras, corresponde al órgano administrativo competente el procedimiento y la resolución⁵¹.

Aduanero”, "Tello, Norma del Valle y otros s/ p. SS. AA. de contrabando", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de marzo de 2000, votos de Belluscio, Petracchi, Boggiano y Vázquez.

⁵¹ El Código Aduanero dispone en el art. 1081 que “Cuando el servicio aduanero tomare conocimiento de la presunta configuración de una infracción aduanera, deberá practicar todas las diligencias necesarias para investigar los hechos, a cuyo efecto podrá ejercer todas las funciones de control que las leyes le acordaren”.

Por su parte, el art. 1085 establece que “En el curso de la investigación como así también en el del procedimiento reglado en este título, la mercadería afectada sólo puede ser objeto de las siguientes medidas cautelares:

a) Detención de su despacho; b) interdicción; c) secuestro...”.

El art. 1086 dispone que “Las medidas cautelares que se adoptaren en el curso de la investigación deberán comunicarse de inmediato al administrador, a cuya disposición se pondrá la mercadería objeto de las mismas dentro de las 48 horas, con remisión de una copia del acta correspondiente”.

El art. 1087 establece que “En el supuesto previsto en el art. 1086, las actuaciones deberán ser elevadas al administrador, quien dentro del plazo de 25 días, contado desde la fecha en que se hubiera trabado la medida cautelar, deberá ordenar la apertura del sumario o el levantamiento de dicha medida, sin perjuicio de la prosecución de la investigación”.

Por su parte el art. 1088 regula que “Vencido el plazo establecido en el Art. 1087 sin que se hubiera dictado la resolución allí prevista, el interesado podrá solicitar el levantamiento de las medidas precautorias adoptadas, las que quedaran automáticamente sin efecto si el administrador no dispusiere la apertura del sumario dentro de los 5 días, computados a partir de la fecha de presentación p de la petición lo que no obstará a la prosecución de la investigación”.

El Art. 1090 dispone que “Recibidas las actuaciones, el administrador:

a) Ordenara ampliar la investigación en aquellos aspectos que considerare necesarios; b) Desestimara la denuncia cuando no fuere verosímil, careciere de seriedad o bien cuando los hechos investigados no configuraren una infracción aduanera; o c) Dispondrá la apertura del sumario”.

Por su parte, el art. 1091 establece que “El sumario tiene por objeto: a) Comprobar la existencia de una infracción aduanera; b) determinar los responsables; c) averiguar las circunstancias relevantes para su calificación legal y la graduación de las penas aplicables”.

El art. 1112 dispone que “presentando el alegato o vencido el plazo previsto para hacerlo y, en su caso, agregado el dictamen jurídico y producidas las medidas que para mejor proveer se hubieran dispuesto, el administrador deberá dictar resolución dentro de los 60 días, en la que:

a) Condenara o absolverá a los imputados; b) Se pronunciara sobre los tributos que resultaren adeudar los responsables; c) Podrá hacer extensivas las medidas de interdicción y secuestro previstas en el art. 1085, apartado 1, incs. b y c, a otra mercadería que se encontrare en sede aduanera a nombre, por cuenta o que fuese propiedad de los deudores, garantes o responsables y que no se hallare afectada al sumario; d) Podrá disponer que el servicio aduanero solicite al juez correspondiente el embargo preventivo, inhibición general

También se ha considerado en materia de cosas peligrosas que procede el decomiso sin necesidad de intervención del órgano judicial por la ejecutoriedad propia de las medidas administrativas⁵². En este sentido, la leyes de protección de la fauna silvestre⁵³, de vitivinicultura, de defensa del consumidor⁵⁴ y de

de bienes o cualquier otra medida cautelar sobre los bienes del deudor que según las circunstancias fueren aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento del pronunciamiento. La medida cautelar se trabara bajo la responsabilidad del fisco por el importe de la condena con más de los tributos correspondientes, si los hubiere”.

⁵² “En mérito a la ‘*ratio-iuris*’ del decomiso, y a su naturaleza jurídica (sanción preventiva-represiva), el acto administrativo que lo disponga tiene ‘*ejecutoriedad propia*’; por tanto, el decomiso puede hacerse efectivo directamente por la Administración Pública, sin que para ello sea necesario que ésta recurra a la autoridad judicial.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó una *acción de amparo* contra el acto de la Administración Pública que, por razones de policía sanitaria, dispuso la *destrucción de aves* de propiedad del recurrente; el Tribunal sostuvo que dicho acto administrativo no adolecía de ilegalidad manifiesta”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit.

“El acto administrativo que ordenó la destrucción de aves del recurrente, con fundamento en las normas vigentes sobre policía sanitaria animal, no adolece de ilegalidad manifiesta en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, “Laperne, Pedro Alfredo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 253 , P. 15, 1962.

“Es improcedente la demanda de amparo contra una orden de destrucción de aves del recurrente, por razones de policía animal, cuando no impugnándose el acto administrativo, por incompetencia de la autoridad que lo ordenó o por falta de todo procedimiento comprobatorio de los motivos determinantes de la decisión, no existe una grave y notoria arbitrariedad que justifique paralizar el cumplimiento de una medida de policía que, por principio, tiene ejecutoriedad propia. Dicha solución corresponde tanto más si, pretendiéndose sustituir a la autoridad administrativa por la judicial, la medida cuestionada tiene fundamento expreso en la ley 3959, cuyo art. 34 garantiza la efectiva responsabilidad del Estado, con el debido control judicial, respecto de la indemnización por la pérdida sufrida”, “Laperne, Pedro Alfredo”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 253 , P. 15, 1962, Voto del Doctor Pedro Aberastury.

⁵³ El art. 29 de la ley 22.421 dispone que “Las sanciones serán impuestas por la autoridad de aplicación, previo sumario que asegure el derecho de defensa, conforme al procedimiento que se fije en cada jurisdicción.

Contra las decisiones administrativas que impongan sanciones podrá interponerse recurso de apelación, al solo efecto devolutivo, ante la autoridad judicial competente, dentro de los cinco (5) días de su notificación. El recurso deberá presentarse y fundarse ante el órgano que la dictó. En jurisdicción nacional conocerán del recurso las respectivas cámaras federales de apelación”.

⁵⁴ La ley 24.240 dispone en su artículo 45 que “La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del

radiodifusión⁵⁵ admiten la procedencia de medidas de decomiso por los entes administrativos.

- Se admiten medidas de decomiso aplicadas por órganos administrativos.

1.11 Límites al monto

Se ha argumentado que es posible limitar total o parcialmente la aplicación de esta medida cuando resulta ser desmesurada y afecta el principio de proporcionalidad o de humanidad de la pena⁵⁶. En este sentido parece exigirse cierta relación entre la medida y el daño causado por la conducta delictiva vinculada o el patrimonio de la persona afectada.

Por nuestra parte, creemos que estos principios son propios del derecho constitucional sancionador y lo único que podría ser aplicable es impedir que la

interés general de los consumidores”. Por su parte, el art. 47 dispone que “Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: [...] c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción”.

⁵⁵ La ley 22.285 dispone en su artículo 28 que “Considéranse clandestinas las estaciones de radiodifusión instaladas total o parcialmente, que no hayan sido legalmente autorizadas; y corresponderá el decomiso o incautación total o parcial, por parte de la Secretaría de Estado de Comunicaciones, de los bienes que les estuvieren afectados”.

⁵⁶ “El decomiso sería inconstitucional si no respetase la regla de humanidad y mínima irracionalidad y, por tanto, en el caso concreto deviniese una pena de confiscación”, ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, ob. cit, p. 943. “... El test que debe aplicarse aun decomiso punitivo involucra solamente una cuestión de determinar su proporcionalidad...” y en este caso encontró que el decomiso era ‘... enormemente desproporcionado a la gravedad de la ofensa...’”. BULIT GOÑI, Roberto, *Ley 25.815: Reformas al decomiso y encubrimiento. Reminiscencias de Ortega y Gasset: JUECES: ¡A LAS COSAS!*, Adla 2004-A, 34.

Este principio es aplicado en la normativa norteamericana, disponiéndose que “(g) Proportionality. -

(1) The claimant under subsection (a)(4) may petition the court to determine whether the forfeiture was constitutionally excessive.

(2) In making this determination, the court shall compare the forfeiture to the gravity of the offense giving rise to the forfeiture.

medida deje en la indigencia al afectado privándolo de su vivienda y de sus medios de vida.

1.12 Medidas cautelares

En relación con las medidas cautelares, que son necesarias para hacer efectiva la medida de decomiso⁵⁷, se regula genéricamente en el art. 23 que

El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. [...]. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

En consecuencia, se faculta al juez a adoptar desde el inicio del proceso judicial las medidas cautelares suficientes contra los bienes que pueden ser decomisado.

Sólo debería acreditarse que haya relación con los hechos investigados – sin necesidad de acreditar con alto grado de verosimilitud el acaecimiento o la autoría del hecho- y que los bienes sean susceptibles de ser decomisados por quedar subsumidos en algunas de las causales previstas. En consecuencia, la medida de cautela sólo deberá acreditar estos elementos para ser válida. Por su parte el afectado, podrá ejercer la contradicción cuestionando que sea subsumible en una causal, por ejemplo acreditando que su posesión no fue originada en un delito⁵⁸.

(3) The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury”.

⁵⁷ Su fundamento radica en que evitar que el desarrollo del proceso frustre su finalidad, Cfr. D’ALBORA (h), Francisco J. *Medidas de cautela real en el proceso penal*, mimeo.

⁵⁸ “En este sentido es claro Laje Anaya cuando sostiene que: ‘El imputado puede probar que el producto objeto de la inversión o transferencia reconoce un origen legítimo. Esto indica que la infracción que analizamos no contiene, como elemento o ingrediente de ella que no justifique su origen [...]

el acusado no debe probar; puede hacerlo, porque en su defensa le asiste ese derecho (‘Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Ley 23.737’, ps. 203 y 204, Córdoba,

Se establece de manera genérica que estas medidas deben dejar a salvo los derechos de propiedad de los afectados. En consecuencia, deberá preverse una regulación que garantice una adecuada administración y disposición de los bienes⁵⁹ que asegure la restitución o la indemnización en caso que no sea procedente la medida o que se afecte indebidamente el derecho patrimonial de un sujeto.

1.12.1 Secuestro de bienes muebles

En el proceso penal federal, regulado por el Código Procesal Penal de la Nación, se establece específicamente la medida de secuestro⁶⁰ en el art. 231 al disponer que

El juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba. Sin embargo, esta medida será dispuesta y cumplida por los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, cuando el hallazgo de esas cosas fuera resultado de un allanamiento o de una requisa personal o inspección en los términos del artículo 230 bis, dejando constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes.

noviembre de 1992)", "Dobniewski, Luis", C. Nac. Casación Penal, sala 3ª, 16/03/2001, voto de Tragant.

⁵⁹ En igual sentido la Convención de la ONU contra la Corrupción en el 57 y la Convención de la OEA en el art. XV ya establecen el deber de regular normativamente la administración de los bienes que son objeto de las medidas cautelares y del decomiso para garantizar los derechos de los terceros afectados y de la sociedad civil en general.

⁶⁰ Considerando que esta medida puede ser utilizada para decomisar, se ha sostenido desde la jurisprudencia que "[l]a norma prevista en el art. 238 CPPN. impone al órgano jurisdiccional la obligación de devolver los elementos secuestrados, tan pronto como no sean necesarios para la tramitación del proceso (conforme también art. 523 CPPN.). Ello así, siempre que no sean objetos sujetos a decomiso. El secuestro implica una limitación al derecho de uso y goce de los bienes para abastecer a las necesidades probatorias; si éstas aún no han sido satisfechas se justifica la limitación temporal de la disponibilidad de éstos y, por ello, la negativa del juez de primera instancia de proceder a su devolución. Además, no puede descartarse que la medida constituya un medio para proveer a la ejecución de condenas pecuniarias y al cumplimiento del decomiso (art. 23 CPen.)", "Farmacia SOL", C. Nac. Crim. y Corr., sala 5ª, 17/03/2003, Interlocutoria C. 20749, Expte. 20749-5.

De modo, que el juez está facultado en cualquier momento del proceso a disponer el secuestro de los bienes que pueden ser objeto de la medida de decomiso. Incluso, se admite el secuestro las fuerzas de seguridad cuando se produce en ejercicio de sus funciones⁶¹ y si lo comunican inmediatamente a las autoridades competentes.

- Debe tenerse en cuenta que la medida se limita a los bienes muebles.

En el caso que se demuestre en el proceso que los bienes secuestrados no quedan sujeto a esta medida, deberán ser devueltos al anterior poseedor.

Debe agregarse que esta devolución podrá tener carácter provisorio y ser en calidad de depositario con la obligación de exhibirlo cuando sea útil como medio de prueba en el proceso penal⁶².

⁶¹ El Código Procesal Penal de la Nación establece que el art 230 bis que “Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas:

- a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y,
- b) en la vía pública o en lugares de acceso público.

La requisita o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3er. párrafo del artículo 230, se practicarán los secuestros del artículo 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia.

Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos”.

⁶² El Código Procesal Penal de la Nación establece en el art. 238 que “Los objetos secuestrados que no estén sometidos a la confiscación, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos cada vez que le sea requerido. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones, al damnificado, salvo que se oponga a ello el poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados”.

1.12.2 Embargo

El Código Procesal Penal en el art. 518, también regula como medida cautelar el embargo y, en subsidio, la inhibición general de bienes.

Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieran bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición.

Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen.

Esta medida cautelar debe ser ordenada por el juez justificándose en los elementos clásicos de las medidas cautelares: peligro en la demora y verosimilitud del derecho. El momento procesal en que el juez está obligado a dictar medidas cautelares es al dictar el auto de procesamiento, quedando facultado para dictarlo previamente.

En ambos casos, lo que puede controvertir el afectado es si hay elementos de convicción suficientes para que proceda el decomiso y si realmente hay peligro en la demora.

Esta medida, que es menos restrictiva que el secuestro, procede contra todo tipo de bienes. Sin embargo, no se establece expresamente que es para salvaguardar a los bienes del decomiso penal

1.13 Disposición

De acuerdo al marco normativo internacional⁶³, los países deben prever una regulación jurídica de las medidas de disposición de los bienes en aras de garantizar tanto los intereses de las personas afectadas por estos bienes cuando las medidas son provisorias como los intereses de la sociedad civil en que los

⁶³ Ver el art. 57 y ss. de la Convención de la ONU contra la Corrupción y el art. XV de la Convención Interamericana.

bienes dispuestos por el Estado sean destinados efectivamente a satisfacer fines públicos

1.13.1 Bienes secuestrados

El marco normativo aplicable en el ámbito federal resulta ser la ley 20.785⁶⁴ la que regula la disposición de los bienes muebles secuestrados. El fin de la ley es evitar que el secuestro afecte el valor del bien y perjudique al propietario o al Estado.

Al respecto, establece un régimen diferencial según el tipo de bien disponiendo la entrega provisoria a un depositario.

1.13.1.1 Dinero, título y valores

En el caso de que los bienes sean dinero, título y valores se establece que sean depositados en un Banco oficial⁶⁵, ya que por su propia naturaleza no se degrada y, por el contrario, brindan réditos al ser depositado en una institución bancaria.

1.13.1.2 Bienes muebles que no son dinero

⁶⁴ A nivel local, podemos citar las leyes 6.667 y 6.847 de Salta, la Acordada 7.333 de la Corte de Justicia de Salta, la ley 5.545 de San Luis, el decreto ley 7.710 de Buenos Aires, los acuerdos de la SCBA.

⁶⁵ El art. 20.785 en el artículo 2 que “En cuanto el estado de la causa lo permita, el dinero, títulos y valores secuestrados se depositarán como pertenecientes a aquélla, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires o en la sucursal del Banco de la Nación que corresponda, según que el asiento del tribunal esté en la Capital Federal o en el interior, sin perjuicio de disponerse, en cualquier estado de la causa, la entrega o transferencia de dichos bienes si procediere”.

Genéricamente, se dispone que los bienes físicos a los 6 meses del secuestro, se venderán transformándose en dinero⁶⁶. De este modo, se evita que el paso del tiempo los deteriore.

Sin embargo, se han establecido algunas excepciones a esta regulación, saber:

1.13.1.3 Bienes perecederos

Este plazo de seis meses, no será aplicable a los bienes perecederos, ya que dispone que sino son reclamados por un tercero al hecho delictivo, se venderán de inmediato impidiendo así su deterioro al transformarlos en dinero⁶⁷.

1.13.1.4 Bien susceptible de deterioro

Si el bien pese a no perecedero, se deteriora con cierta rapidez por el transcurso del tiempo, podrá ser dispuesto de manera definitiva si existe autorización judicial⁶⁸. En consecuencia, el ente depositario deberá justificar que el bien está próximo a deteriorarse para que proceda la autorización del juez competente y éste sólo evaluará este hecho objetivo.

⁶⁶ La ley 20.785 establece que “f) Si se tratare de cualquier otro bien no especificado en los incisos precedentes, transcurridos seis meses desde el día del secuestro se dispondrá su venta en pública subasta, a través de las instituciones bancarias mencionadas en el artículo 2º, en las que se depositara el importe obtenido de la venta”.

⁶⁷ La ley 20.785 dispone en el artículo 3 que “Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera:

a) Si se tratare de cosa perecedera, se dispondrá de inmediato su venta en pública subasta, por intermedio de las instituciones bancarias mencionadas en el artículo precedente, en las cuales se depositará el importe obtenido de la venta”.

⁶⁸ La ley 20.785 establece que “En todos los casos, si los bienes secuestrados pudieren sufrir daño o demérito por el solo transcurso del tiempo, las instituciones a las que se hiciera entrega de los mismos podrán disponer de ellos con autorización del tribunal previa tasación que éste ordenará.

En tal supuesto, aquéllas quedarán obligadas por la suma determinada en la tasación con más los intereses al tipo bancario si, posteriormente, correspondiere la devolución de los bienes a quien acreditare derechos sobre ellos”.

1.13.1.5 Bien con interés científico y cultural

En el caso que el bien físico tenga interés científico y cultural serán entregados a entidades públicas o privadas en calidad de depositario, ya que existen otros fines independientemente de los reparatorios⁶⁹.

1.13.1.6 Psicotrópicos

Si el bien fuera un psicotrópico, el juzgado determinará su destino, que deberá ser un ente estatal⁷⁰.

1.13.1.7 Armas

En el caso de que el bien físico sea un arma, pasará a integrar el arsenal estatal⁷¹.

1.13.1.8 Vehículos

⁶⁹ El artículo 3 de la ley 20.785 regula que “Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: [...]

b) Si los bienes secuestrados tuvieren interés científico o cultural, se dispondrá de inmediato su entrega a entidades de reconocidos antecedentes en la materia”.

⁷⁰ El artículo 3 de la ley 20.785 dispone que “Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: [...]

c) En los casos de estupefacientes o psicotrópicos, el juzgado determinará la repartición u organismo del Estado Nacional a que serán entregados”.

⁷¹ El artículo 3 establece que “Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: [...]

d) Tratándose de armas de fuego o explosivos, la entrega se hará al Comando de Arsenales del Ejército o a la unidad militar más cercana, según que el asiento del tribunal se halle en la Capital Federal o en el interior.

Si el bien fuera una aeronave quedará a cargo de la autoridad aeronáutica⁷².

En el caso de los automotores y aeronaves es aplicable el plazo de 6 meses, pero se requerirá que se produzca una autorización judicial o que haya silencio tras su notificación. Esta solicitud de remate, se realizará cada tres meses, en el caso que sea rechazada por el juez⁷³.

1.13.1.9 Devolución y reparación

En todos los supuestos, siempre le corresponde al afectado, de no producirse el decomiso, la devolución del bien secuestrado –o su valor- más un

⁷² El artículo 3 establece que “Tratándose de bienes físicos, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, se procederá de la siguiente manera: [...]”

e) Cuando se tratare de aeronaves, la entrega se hará a la autoridad aeronáutica”.

⁷³ El artículo 10 bis de la ley 20.785 establece que “En los supuestos de aeronaves o vehículos automotores, y en tanto no corresponda su entrega a quien tenga derechos sobre ellos, el mismo no sea habido, o citado legalmente no compareciere a recibirlos, regirán las siguientes disposiciones:

a) Los organismos oficiales encargados de su depósito, transcurridos seis meses desde el día del secuestro, solicitarán al juez que haga saber si existe algún impedimento para su remate.

Si dentro de los diez días de recibido el pedido el juez no hiciere saber su oposición por resolución fundada, el organismo oficial encargado del depósito dispondrá la venta en pública subasta a través de las instituciones bancarias mencionadas en el artículo 2º, en las que se depositará el importe obtenido de la venta.

Si el juez se opusiere al remate, el bien permanecerá en depósito.

Cada tres meses, contados a partir de la negativa que hubieres formulado el juez, se podrá librar un nuevo pedido a los mismos fines y con iguales alcances;

b) El importe obtenido de la venta devengará el interés al tipo bancario correspondiente;

c) Si con posterioridad a la subasta, correspondiere la devolución del bien a quien acreditare derecho sobre el mismo, deberá abonársele el producido de la venta, con más los intereses al tipo bancario”.

En general, se cuestiona el carácter de instrumentos de los vehículos y se han aplicado principios penales para limitar las medidas dispositivas. Se ha sostenido jurisprudencialmente que “Debe entregarse en calidad de depositario judicial a su propietario el automóvil con que se ha cometido el delito; ello en virtud de que resulta opinable que el vehículo secuestrado sea de los instrumentos del delito mencionado en el art. 23 del Código Penal y por otra parte, a esta altura de la causa -pleno trámite- no puede dejarse de lado la presunción de inocencia”, Santana, Orlando, C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 1/3/1984, votos de Gil Lavedra, Arslanian y Torlasco.

resarcimiento por los perjuicios provocados por su privación provisoria –o intereses-⁷⁴.

1.13.2 Bienes decomisados

El art. 23 también establece regulaciones para la decisión judicial⁷⁵ respecto de la disposición, las cuales tienen como fin el destino de los bienes decomisados con fines públicos o la obtención de recursos para el Estado – nacional y provincial- mediante su enajenación⁷⁶. La posibilidad de destruir los bienes decomisados es *ultima ratio* y sólo procedería, a nuestro juicio, con bienes peligrosos que no puedan ser utilizados por el Estado⁷⁷. Es que no tendría sentido, decomisar un producto o un instrumento de un delito que no tenga valor lícito, dentro de una estrategia de recupero de activos, ya que no se podría justificar la finalidad restauradora. Pero si se justifica la medida cuando el bien resulte peligroso, para evitar la afectación futura de bienes jurídicos individuales y colectivos.

Respecto de los bienes decomisados en los secuestros extorsivos⁷⁸ se ha previsto que deben ser afectados a los programas de asistencia a la víctima

⁷⁴ La ley 20.785 dispone que “Los depósitos de dinero dispuestos en el artículo 2º, así como el resultante de los importes obtenidos de la venta de los bienes que determinan los incisos a) y f) del presente artículo, devengarán los intereses al tipo bancario correspondiente”.

⁷⁵ El art. 522 del Código Procesal Penal pone en cabeza del tribunal la decisión de disposición. Al respecto dispone que “Cuando la sentencia importe decomiso de algún objeto, el tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza”.

⁷⁶ Téngase en cuenta que el monto obtenido por la venta o locación de bienes muebles e inmuebles decomisados conforma el presupuesto del Poder Judicial Nacional según el art. 3 de la ley 23.583.

⁷⁷ Si el bien no puede ser vendido ni utilizado, procederá su destrucción, tras los 6 meses del secuestro; evidentemente, para que el Estado no incurra en gastos de conservación por bienes inservibles. El art. 4 de la ley 20.785, dispone que “Cuando por la naturaleza de los bienes secuestrados no correspondiere su venta ni entrega, transcurrido el plazo establecido en el artículo 6º, se dispondrá su destrucción”.

⁷⁸ El Código Penal dispone en su art. 142 bis que “Se impondrá prisión o reclusión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

limitando la discrecionalidad estatal en las asignación de los bienes a medidas reparatorias.

Por su parte, el art. 27 de la ley 25.246 –lavado de activos- dispone que

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión a reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad”.

El art. 170 del Código Penal, dispone que “Se impondrá reclusión o prisión de cinco (5) a quince (15) años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad”.

el producido de la venta o administración de los bienes o instrumentos provenientes de los delitos previstos en esta ley y de los decomisos ordenados en su consecuencia, así como también las ganancias obtenidas ilícitamente y el producido de las multas que en su consecuencia se impongan, serán destinados a una cuenta especial del Tesoro nacional. Dichos fondos serán afectados a financiar el funcionamiento de la Unidad de Información Financiera, los programas previstos en el art. 39 de la ley 23.737 y su modificatoria ley 24.424, los de salud y capacitación laboral, conforme lo establezca la reglamentación pertinente.

El dinero y los otros bienes o recursos secuestrados judicialmente por la comisión de los delitos previstos en esta ley, serán entregados por el tribunal interviniente a un fondo especial que instituirá el Poder Ejecutivo nacional.

En materia de estupefacientes, la ley 23.737 con sus modificaciones, dispone en el art. 30 que

*El juez dispondrá la destrucción, por la autoridad sanitaria nacional, de los estupefacientes en infracción o elementos destinados a su elaboración a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable o salvo que puedan ser aprovechados por la misma autoridad, dejando expresa constancia del uso a atribuirles. Las especies vegetales de *Papaver somniferum L.*, *Erithroxylon coca Lam* y *Cannabis sativa L.*, se destruirán por incineración. En todos los casos, previamente, deberá practicarse una pericia para determinar su naturaleza, calidad y cantidad, conservando las muestras necesarias para la sustentación de la causa o eventuales nuevas pericias, que serán destruidas cuando el proceso haya concluido definitivamente. La destrucción a que se refiere el párrafo primero se realizará en acto público dentro de los cinco (5) días siguientes de haberse practicado las correspondientes pericias y separación de muestras, en presencia del Juez o del Secretario del Juzgado y de dos testigos y se invitará a las autoridades competentes del Poder Ejecutivo del área respectiva. Se dejará constancia de la destrucción en acta que se agregará al expediente de la causa firmada por el juez o el Secretario, testigos y funcionarios presentes.*

En consecuencia, resulta procedente la destrucción, que requiere el decomiso previo, salvo que se afecte a un tercero o que el objeto pueda ser utilizado por la autoridad sanitaria nacional⁷⁹.

1.13.3 Suspensión

Toda medida dispositiva –venta, entrega, destrucción- puede ser demorada por orden judicial fundada, sin establecer un plazo legalmente⁸⁰. Obviamente, creemos que debe regir un plazo razonable, acorde al caso particular.

⁷⁹ Podría pensarse que si se diseña una política de reducción de daños, se decomisen estupefacientes para el uso en tratamientos.

1.13.4 Procedimiento

Tanto para el caso de la destrucción o de la venta, se establece un procedimiento contradictorio destinado a peritar el bien afectado con un derecho al recurso⁸¹. Creemos que este procedimiento debería permitirle al afectado demostrar que no opera la causal correspondiente para que proceda el decomiso y la medida dispositiva.

⁸⁰ El art. 5 de la ley 20.785 establece que “El remate, entrega o destrucción prescriptos en los artículos precedentes podrán demorarse, mediante auto fundamentado, el tiempo que el tribunal estime necesario”.

⁸¹ El art. 6 de la ley 20.785 regula que “En la misma resolución por la que se decreta la destrucción o venta del bien, salvo el supuesto del artículo 3º, inciso a), se dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días manifiesten si antes de cumplirse lo ordenado consideran necesario realizar peritaciones sobre dicho bien, proponiendo en su caso los puntos concretos sobre los que versarán aquéllas.

Si se ignoraren los autores del supuesto delito o ellos se hallaren prófugos, se dará intervención al defensor de pobres, incapaces y ausentes. Si en el plazo antes señalado se propusieren peritaciones, el tribunal resolverá por auto fundamentado su admisión o rechazo y la realización o suspensión de la destrucción o subasta. Dicho auto será apelable en relación y con efecto suspensivo”. Debe tenerse en cuenta que ya está obligada la autoridad jurisdiccional a peritar para determinar el estado y el valor.

El artículo 7 establece que “El tribunal, antes de efectuarse la venta, entrega o destrucción del objeto, deberá disponer la realización de los peritajes o verificaciones necesarias para determinar con toda precisión su valor y estado”.

La acción civil como mecanismo de recupero de activos por hechos de corrupción

- 1. Introducción**
- 2. La función jurídica de la responsabilidad civil**
- 3. Presupuestos de la responsabilidad civil**
 - 3.1 Antijuridicidad**
 - 3.2 Daño**
 - 3.3 Relación de causalidad**
 - 3.4 Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad**
- 4. ¿La responsabilidad por hechos de corrupción es extracontractual o contractual?**
- 5. La obligación de restituir los objetos obtenidos por el delito**
- 6. La obligación de indemnizar los daños provocados por los delitos**
- 7. Responsabilidad civil de las personas jurídicas**
- 8. Procedimientos para ejercer la acción civil**
 - 8.1 La acción civil en el proceso penal**
 - 8.1.1 Fines y principios***
 - 8.1.2 Legitimación activa**
 - 8.1.3 Legitimación pasiva**
 - 8.1.4 Oportunidad de la presentación de la acción civil**
 - 8.1.5 Requisitos de la presentación de la acción civil**
 - 8.1.6 Facultades del actor civil**
 - 8.1.6.1 Medidas cautelares**
 - 8.1.6.2 Presentación de la demanda civil**
 - 8.1.6.3 Participación en el debate del actor civil**
 - 8.1.6.4 Desistimiento de la acción civil**

8.1.6.5 Recursos del actor civil

8.1.7 Imposibilidad de prosecución de la acción penal

8.1.8 Sentencia penal

**8.1.9 Ejecución de la sentencia respecto de la
responsabilidad civil**

9. Relación entre las acciones civil y penal

9.1 Influencia de la sentencia penal en el proceso civil

9.2 Influencia de la sentencia civil en el proceso penal

9.3 Suspensión del proceso civil

9.4 Suspensión de la prescripción de la acción civil

10. Responsabilidad de los funcionarios públicos

11. Responsabilidad patrimonial administrativa

11.1 Procedimiento administrativo

La acción civil como mecanismo de recupero de activos por hechos de corrupción

El presente análisis es un esbozo de la normativa reguladora de los institutos de responsabilidad civil, no pretendiendo ser un análisis exhaustivo; ya que nuestro objetivo es crear un marco de referencia para la discusión sobre la utilización de estos institutos jurídicos para cumplir los fines de una política pública destinada al recupero de activos de hechos de corrupción.

1. Introducción

A continuación, nos dedicaremos a estudiar las acciones de responsabilidad civil como mecanismos de recupero de activos de hechos de corrupción. Para ello tendremos en cuenta las acciones que se dirijan tanto contra los particulares como contra los funcionarios públicos.

Para realizar el presente estudio analizaremos la regulación sustantiva y, luego, nos detendremos en los aspectos procedimentales.

2. La función jurídica de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil cumple una **función resarcitoria** al obligar al sujeto declarado como responsable a reparar un daño⁸². Es decir, un sujeto –persona física o persona jurídica- tendrá el deber de **reparar un daño** a través de una prestación personal –por ejemplo, el pago de una suma de dinero-. Este deber jurídico impuesto se diferencia sustancialmente de los deberes que conlleva una sanción penal, ya que tiene un fin eminentemente reparador. Debe tenerse en

⁸² “La responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado [...] el deber de reponer las cosas al estado anterior al acto ilícito. Ésta es la sanción resarcitoria que obliga a la reparación restableciendo la situación anterior (*statu quo ante*) en cuanto fuere posible desmantelándose la obra ilícita mediante el aniquilamiento de sus efectos pasados, presentes y futuros”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 1997.

cuenta que el contenido del deber quedará definido necesariamente por el daño a reparar⁸³ y no por el grado de injusto y la reprochabilidad de la conducta lesiva.

Este instituto jurídico opera cuando un hecho de corrupción ha provocado un daño al patrimonio público, quedando el Estado legitimado para realizar las acciones de responsabilidad civil procedentes para obtener una reparación integral. De este modo, **la responsabilidad civil funciona como un mecanismo de recuperación de activos al posibilitar que el Estado obtenga los recursos económicos necesarios para reparar los perjuicios ocasionados por un hecho de corrupción.**

3. Presupuestos de la responsabilidad civil

En principio, para que sea procedente una acción de responsabilidad civil, deberán considerarse los **cuatro presupuesto comunes** establecidos por la legislación sustancial, a saber: “1º Antijuridicidad. 2º Daño. 3º Relación de causalidad entre el daño y el hecho. 4º Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad”⁸⁴.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos presupuestos y su aplicación en materia de hechos de corrupción.

3.1 Antijuridicidad

En principio, para que sea procedente la responsabilidad civil debe alegarse y acreditarse la existencia de un **acto ilícito**, es decir, contrario a la ley –y no sólo a imperativos morales-⁸⁵. Es necesario realizar dos precisiones, la primera es que

⁸³ “La sanción resarcitoria tiende a suprimir el daño y, actuando como contradaño, obliga al autor a reponer en el patrimonio del damnificado los elementos que sufrieron menoscabo”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁸⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁸⁵ El artículo 1066 del Código Civil expresa que "Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto".

dentro del concepto de acto ilícito quedan comprendidos **las conductas comisivas como omisivas**⁸⁶. Por otro lado cabe aclarar que por ley comprende a **toda norma jurídica**, sin limitar su sentido a las emitidas por el Poder Legislativo⁸⁷.

En los hechos de corrupción, será necesario acreditar que se ha cometido una **conducta contraria a algunas de las disposiciones del Código Penal destinadas a reprimirlas**.

3.2 Daño

Debemos tener en cuenta que siempre que se utiliza el instituto de responsabilidad civil debe existir un **daño**⁸⁸. El daño puede afectar valores económicos –**daño patrimonial**⁸⁹- como sentimentales –**daño moral**-⁹⁰.

Se han exigido ciertas cualidades a este daño desde la doctrina y la jurisprudencia, impidiendo que cualquier perjuicio que se argumente deba ser reparado. En este sentido, se ha considerado exigible que debe ser “cierto,

⁸⁶ El artículo 1074 del Código Civil ha previsto que "Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido".

⁸⁷ “La norma exige una expresa prohibición legal siguiendo el principio *nulla poena sine lege*; bien entendido que el concepto de ley está tomado en sentido amplio y no en el estricto de ley por su forma”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁸⁸ El artículo 1067 del Código dice: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar...".

“Con este enfoque no hay responsabilidad civil si no hay daño causado, es decir que no se puede imponer la sanción resarcitoria donde no hay daño que reparar. El daño es entonces un elemento del acto ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit..

⁸⁹ El art. 1068 del Código Civil dispone que "Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

⁹⁰ “El daño como elemento del acto ilícito, es decir, en relación a la responsabilidad civil de que estamos tratando, significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

subsistente; personal del reclamante; y afectar un interés legítimo del damnificado”⁹¹.

A continuación, detallaremos sucintamente cada una de estas características.

a) Cierto: Se exige que el daño sea **susceptible de ser comprobado, no siendo una mera hipótesis**⁹². Sin embargo, puede no manifestarse en la actualidad, ya que se puede reclamar por daños futuros inevitables⁹³.

b) Subsistente: Resulta necesario que el **daño persista**⁹⁴, aunque se admiten supuestos en que el daño es reparado e igualmente resulta procedente la acción de responsabilidad civil –por ejemplo, la subrogación de la aseguradora-.

c) Personal: Es exigible que el daño sea **de quién ejerce la acción de responsabilidad civil**⁹⁵. Se admite que pueda ser directo como indirecto⁹⁶, entendiendo como “directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y [...] [como]

⁹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁹² “La existencia del daño, ya sea actual o futuro, debe ser cierta, o sea debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización correspondiente. La noción de daño cierto se opone a la de daño hipotético o eventual; la mera posibilidad de que ocurra un perjuicio no autoriza a reclamar resarcimiento”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit..

⁹³ “El perjuicio no deja de ser cierto por no ser actual ni ser líquido. Puede ser un daño futuro: es decir no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia. Ese daño futuro es indemnizable si es cierto y su monto susceptible de ser determinado o apreciado judicialmente”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit..

⁹⁴ “El daño no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido; si así fuera, se imponen algunas previas distinciones, para establecer si corresponde o no que el autor del acto ilícito deba asumir la reparación”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit..

⁹⁵ “El daño debe ser propio de quien reclama la indemnización. Nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro, aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudicó a aquél”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁹⁶ El art.1079 del Código Civil dispone que "La obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta".

indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado”⁹⁷.

d) Interés legítimo: Resulta necesario que el interés lesionado se encuentre **tutelado por el ordenamiento normativo**⁹⁸.

Respecto de la prueba de este elemento, debe considerarse que recae en **el actor que alega el daño debiendo acreditar no sólo su existencia, sino que también su cuantía**⁹⁹.

En consecuencia, el Estado deberá acreditar que el hecho de corrupción produjo un daño¹⁰⁰ con estas características. **Este daño recae el patrimonio público nacional y debe afectarlo sustancialmente**¹⁰¹. Téngase en cuenta que

⁹⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁹⁸ “La lesión de un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley; no basta un interés ‘de hecho’, debe ser un interés ‘jurídico’. Desde ya que la lesión de un interés contrario a la ley o ilegítimo no merece protección”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

⁹⁹ “Al actor le incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca en la demanda. En consecuencia, al damnificado que pide el resarcimiento le corresponde probar la existencia del daño y la cuantía del mismo”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁰⁰ Debe recordarse que no todo acto de corrupción conlleva un daño y menos un daño con estas características. Por lo cual, alegar la antijuridicidad no cubrirá este segundo elemento, que requiere prueba independiente.

¹⁰¹ Se han señalado como daños que el Estado deje de cobrar gravámenes o multas o que realice gastos no debidos (contrataciones con sobrepagos o bien innecesarias, subsidios que no cumplen, con sus fines, etc.) o que asigne ingresos recaudados a determinados actores, de modo compulsivo, con criterios que los favorecen injustificadamente y que el Estado no controle el cumplimiento de los contratos administrativos, Cfr. Informe Anual de Gestión 2002, Dirección de Investigaciones, Oficina Anticorrupción, p. 39. También se han señalado como daños algunas afectaciones a la sociedad civil, al mercado y a los institutos político institucionales, a saber: el deterioro o la ausencia de servicios que cubran necesidades sociales básicas, el deterioro de los servicios públicos y de su infraestructura; las empresas y organizaciones beneficiarias obtienen recursos que mejoran su posición competitiva en general, y en relación al Estado, en particular, reproduciendo situaciones de desigualdad; se distorsiona el funcionamiento de los mercados y en las percepciones de los agentes; se capturan de cargos de decisión por personal afín a intereses privados, se reproducen patrones particularistas de decisión, se deteriora la confianza pública y de los fundamentos de las decisiones y hay mayor influencia de grupos de interés, Cfr. Informe Anual de Gestión 2002, Dirección de Investigaciones, Oficina Anticorrupción, p. 40. Sin embargo, respecto de estos últimos, creemos difícil probar su cuantía, su carácter personal y la relación de causalidad con la conducta ilícita.

no sólo deberán acreditar la afectación, sino que su cuantía¹⁰², lo cual requerirá un **estudio del impacto concreto y específico** del hecho de corrupción.

Creemos que una vez acreditada la existencia y cuantía de un daño concreto al patrimonio público, los elementos b), c) y d) no son problemáticos. En el caso del elemento b) creemos que muy difícilmente en un hecho de corrupción se produzca una medida reparadora antes de la utilización de mecanismo de recupero de activos. Asimismo, consideramos que al producirse un daño en la patrimonio público por un hecho de corrupción, sin lugar a dudas, queda legitimado el órgano estatal competente para iniciar la acción de responsabilidad civil y permitir la reparación del daño sufrido por el Estado. Por lo tanto, no existirían problemas para demostrar la presencia del elemento c). Finalmente, el patrimonio público resulta ser un bien jurídico, incluso para el Sistema Penal; de modo que no habría dudas de la presencia del elemento d).

Si queremos remarcar que existen serias problemáticas para alegar y acreditar el daño concreto en la figura de enriquecimiento ilícito, ya que al no haberse podido determinar circunstancialmente el hecho de corrupción no es posible estimar en qué medida provocó daños al patrimonio público. No dudamos que pueda alegarse que de la conducta se derivó un daño, pero a la hora de cuantificarlo, las dificultades se hacen evidentes.

- Dificultad para acreditar el daño cierto en la figura de enriquecimiento ilícito.

3.3 Relación de causalidad

Se debe establecer un **vínculo de causalidad entre el daño alegado y acreditado y la conducta antijurídica**. Es decir, debemos afirmar que ese daño fue provocado por esta conducta ilícita¹⁰³.

¹⁰² Debe tenerse en cuenta que la reparación procederá por el total del daño acreditado. “[L]a reparación del daño debe ser integral, salvo casos de excepción en que se admite una reparación limitada. Es decir que el resarcimiento que debe el autor del acto ilícito comprende plenamente todo el daño que ha causado”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

Para verificar esta relación de causalidad se han recurrido a numerosas teorías, pero la doctrina civilista mayoritaria y el Código Civil se acogen a la teoría de la **causa adecuada**. “Según esta teoría no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, ésa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes”¹⁰⁴.

Este curso natural de las cosas se determina a través de la **previsibilidad objetiva y en abstracto** que permite determinar la **causalidad más razonable**¹⁰⁵, según un hombre medio dotado de una inteligencia normal¹⁰⁶.

De este curso previsible objetivamente se derivan las **consecuencias inmediatas**¹⁰⁷ **del hecho antijurídico sin existir otro hecho intermedio**. Por

¹⁰³ “El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción [...]”

Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro [...] Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁰⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit. El artículo 906 dispone que “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

¹⁰⁵ “Este criterio de la previsibilidad en abstracto es el que nos parece más razonable para determinar la adecuación del resultado a su causa. Si bien la causalidad es material, o sea que alude al encadenamiento de los fenómenos que acontecen externamente en relación al hombre, interesa determinar jurídicamente el nexo causal para imputar a éste un resultado, y es aquí, precisamente, donde no puede prescindirse de una apreciación racional, referida a la aptitud normal de previsibilidad considerada en abstracto, es decir, objetivamente”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁰⁶ “La adecuación de la consecuencia a la causa se juzga en relación a la previsibilidad en abstracto, o sea a lo que es previsible para un hombre medio dotado de una inteligencia normal. Lo que para la mentalidad del hombre medio tiene aptitud o idoneidad para producir una cierta consecuencia, constituye la causa de ésta; o sea, existe entre aquel hecho y este resultado una adecuada relación de causalidad”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁰⁷ El artículo 901 del Código Civil define las consecuencias inmediatas como “Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas”.

“Por el acaecer natural y ordinario de la consecuencia inmediata ella es la que aparece en la cadena causal ligada al hecho que la produce de una manera directa e inmediata, sin

otro lado, las **consecuencias mediatas**¹⁰⁸, implican la **ligazón con un hecho intermedio**. Estas pueden ser también **previsibles objetivamente**¹⁰⁹ o ser **consecuencias casuales cuando no pueden preverse**¹¹⁰. Por el contrario, las **consecuencias que no son previsibles objetivamente, ni han sido previstas; son las remotas**.

En virtud de estas consideraciones, se considera que hay causalidad material cuando el **daño es consecuencia inmediata o mediata del hecho antijurídico**¹¹¹. Debe agregarse que la legislación civil admite que si el daño es una **consecuencia casual, también se considera que hay nexo de causalidad** cuando “el autor del hecho concretamente las hubiere previsto dadas ciertas condiciones particulares del mismo, y actuase teniendo en miras ese resultado (art. 905, Cód. Civ.)”¹¹². Por el contrario, **si el daño no era previsible**

conexión con otro hecho”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁰⁸ El artículo 901 del Código Civil define a las consecuencias mediatas, diciendo que son aquellas que “resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto”.

¹⁰⁹ “Aquí la ligazón con el hecho reputado causa no es directa, porque en la cadena causal aparece aquél interferido por otro hecho que determina, coadyuva, condiciona o es meramente indiferente al resultado”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹⁰ El artículo 901 del Código Civil dispone que las consecuencias casuales son “Las consecuencias mediatas que no pueden preverse”.

“Efectivamente esas consecuencias escapan a toda previsibilidad porque corresponden a hechos que sobrevienen inesperadamente en el proceso causal e interrumpen su normal desarrollo. Tales consecuencias son producidas por un acontecimiento fortuito y, por lo tanto, imprevisible”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹¹ “La ley circunscribe el deber de resarcir de los daños que son consecuencia inmediata y mediata del acto ilícito. Los primeros son aquellos que suceden según el curso natural y ordinario de las cosas y se hallan en conexión directa con el hecho, y por ello mismo su previsibilidad está presumida en la ley. Los segundos aparecen en conexión del hecho con otro acontecimiento distinto, pero la idoneidad de aquél para determinar naturalmente el resultado lo hace también previsible empleando la debida atención y conocimiento de las cosas. Hemos ya aclarado que este deber de prever se determina en abstracto”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit. “cuando el autor del acto ilícito actúa dolosamente y entra en sus miras la producción del resultado dañoso que el delito causó a la víctima, debe responder también de esa consecuencia aunque fuese imprevisible, es decir, meramente casual (art. 905). De donde el

objetivamente y no ha sido previsto efectivamente por el autor de la conducta antijurídica, se considera que es una consecuencia remota, no existiendo nexo de causalidad¹¹³.

Debe agregarse que el actor **deberá alegar y acreditar este elemento¹¹⁴.**

En consecuencia, se deberá alegar y acredita la causalidad concreta entre **el hecho de corrupción y los daños acreditados, intentando demostrar que estos eran previsibles objetivamente, o en su caso, fueron previstos por el autor –aspecto cognoscitivo del dolo-**.

3.4 Factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad¹¹⁵

Se exige que la conducta ilícita sea imputable al responsable no sólo materialmente por su comisión, sino que **subjektivamente¹¹⁶**. Es decir, que haya

autor de un delito puede llegar a responder aun de las consecuencias que no se hallan en relación causal adecuada con el hecho”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹³ El artículo 906 del Código Civil se refiere a las consecuencias remotas como las que “no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad”.

¹¹⁴ “Esa tarea que es, como hemos dicho, función judicial, debe ser facilitada por las partes, que tienen el deber procesal de aportar las pruebas de los hechos que alegan. Así, será carga procesal del actor acreditar la relación de causalidad entre el daño cuyo resarcimiento persigue y el hecho de la persona o de la cosa a los que atribuye su producción”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹⁵ Debemos aclarar que este elemento, según las reforma legislativa realizadas al Código Civil original, se ha visto debilitado, porque se han admitido supuestos de responsabilidad objetiva, en donde, no se exige esta conexidad subjetiva del responsable con la conducta ilícita, incluso admitiéndose la responsabilidad por la mera posesión de la cosa o por el hecho de un tercero.

¹¹⁶ “No basta, sin embargo, con establecer el nexo de causalidad material, sino que debe aún determinarse la relación de causalidad jurídica mediante la comprobación de la existencia de culpa o dolo en la actuación del sujeto presuntamente responsable, como autor del acto ilícito o deudor de la obligación incumplida”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

querido realizar esa conducta –dolo¹¹⁷- o que la haya realizado por falta del debido cuidado –culpa¹¹⁸-.

En primer lugar, debemos verificar la **voluntariedad** de la conducta¹¹⁹, para luego evaluar su culpabilidad –si actuó con dolo o con culpa-¹²⁰.

La gran mayoría de las **figuras de corrupción son del tipo dolosas**, debiendo alegarse y acreditarse los elementos necesarios para verificar este elemento subjetivo en la conducta antijurídica por la cual se procede. Previamente, debe alegarse que no opera ninguna causa de involuntariedad.

¹¹⁷ El art. 1072 del Código Civil dispone que “El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código delito”.

¹¹⁸ El art. 512 del Código Civil dispone que “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Se ha considerado que deben estar presentes estos dos elementos: “a) ausencia de intención maléfica; b) omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño a otro”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

“La omisión de la conducta debida consiste tanto en no hacer lo que debió hacerse, como en ejecutar lo que debió ser motivo de abstención, para impedir un resultado dañoso”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹¹⁹ “Debemos comenzar por establecer en cada caso si el acto de incumplimiento del deudor o violación de la ley han sido ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897, Cód. Civ.); es decir, si han sido el resultado de su obrar inteligente y libre. Es ésta una cuestión de imputabilidad de primer grado”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

El art. 1076 del Código Civil dispone que “Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren”.

El art. 921 del Código Civil establece que “serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón”.

¹²⁰ “En un segundo tiempo, y comprobada la voluntariedad del acto, será necesario formular el juicio ético de la conducta querida por el autor en relación a su deber específico de cumplir la obligación, ya sea contractual o legal. Es ésta una cuestión de imputabilidad de segundo grado, a la que llamaremos culpabilidad”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

4. ¿La responsabilidad por hechos de corrupción es extracontractual o contractual?

Los hechos ilícitos dolosos –delitos civiles- que ocasionan daños provocan el deber de reparar de los responsables¹²¹. Esta responsabilidad, al no tener fuente contractual, es extracontractual y deriva meramente de la realización de un hecho ilícito dañoso¹²² -concepto que comprende al delito penal-.

La acción para reclamar los daños provocados por un hecho ilícito puede ser deducida contra **los sucesores universales de los autores y los cómplices**¹²³.

La responsabilidad extracontractual tiene como causa un cuasidelito –con culpa- o un delito –con dolo-. La distinción se manifiesta en

¹²¹ El art. 1077 del Código Civil dispone que “Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona”.

¹²² “La comisión de hechos ilícitos genera, como obligación nueva, la de resarcir los daños ocasionados”, ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 689. El origen de la "responsabilidad extracontractual, es la violación de un mero deber obligacional”, ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p.153.

¹²³ El art. 1098 del Código Civil dispone que “La acción por las pérdidas e intereses que nace de un delito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario”.

materia de **solidaridad**¹²⁴, en la **extensión en el deber de reparación**¹²⁵ y en la posibilidad que se **atenúe la indemnización**¹²⁶.

Evidentemente, cuando se produce un **hecho de corrupción** se genera este deber de reparación con **fuerza extracontractual** y debido a la conducta dolosa del agente se aplica el régimen legal correspondiente a los **delitos civiles**. La obligación de reparar cuya fuente es la comisión de un delito penal es de carácter **solidario**¹²⁷ y puede ser **indivisible**, cuando se constituya en el deber de restituir¹²⁸.

El plazo de prescripción para iniciar una acción reclamando este deber de reparación con fuente extracontractual es de sólo 2 años desde la comisión del hecho¹²⁹.

Por otro lado, creemos que cuando existe un **contrato previo** entre la Administración Pública Nacional y el autor del hecho de corrupción y su acción

¹²⁴ “[E]n materia de delitos obrados con participación plural existe solidaridad, sin acción de regreso (arts. 1081 y 1082); en materia de cuasidelitos existe –en general- solidaridad, con acción de reintegro (art. 1109, Cód. Civ., según la ley 17.711)”, ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, ob. cit., p.713.

¹²⁵ “[E]n el cuasidelito no se responde nunca por las consecuencias casuales. En la responsabilidad aquiliana el daño resarcible es mayor: se deben no solamente los que sean consecuencia inmediata sino también aquellos que sean consecuencia mediata del acto ejecutado y que el autor previó o pudo prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (arts. 903 y 904, Cód. Civ.)”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹²⁶ El art. 1069 del Código Civil dispone que “...Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.

¹²⁷ El art. 31 del Código Penal dispone que “La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito”.

¹²⁸ “Corresponde agregar que en virtud de la reparación *in natura* que dispone el art. 1083, reformado por la ley 17711, la obligación que nace del delito no solamente es solidaria sino que será indivisible, pues la reposición de cosas a su estado anterior dará lugar a una obligación de dar una cosa cierta o de hacer, que son indivisibles por la naturaleza del objeto de la prestación (arts. 679 y 680). En tal caso habrá que aplicar a dicha obligación el doble régimen de la solidaridad y de la indivisibilidad”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹²⁹ El art. 4037 del Código Civil establece que “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

queda subsumido en un **incumplimiento contractual**¹³⁰ puede sostenerse que existe **responsabilidad contractual**. En este caso, **el plazo es de 10 años desde el incumplimiento a la norma del contrato**¹³¹.

- Plazo de prescripción de 2 años cuando la responsabilidad es extracontractual.

El deber de reparar comprende tanto **la obligación de restituir como la de indemnizar los daños**, a continuación precisaremos ambos deberes.

5. La obligación de restituir los objetos obtenidos por el delito

Se ha considerado como integrante del deber de reparar, **la restitución a su legítimo titular de los objetos obtenidos por el hecho ilícito**¹³². Lo cual, puede ser posible en un **hecho de corrupción cuando se ha producido una transferencia material de bienes del patrimonio público al autor o al beneficiario del ilícito**. Esto acontece con el fraude a la administración pública o con la figura de malversación de caudales públicos. En estos casos, el Estado debe exigir en el proceso penal, a través de la acción civil, la restitución de su propiedad¹³³.

¹³⁰ A lo largo de la exposición, trataremos la responsabilidad como extracontractual y no dedicaremos el abordaje de la responsabilidad contractual cuando abordamos la cuestión de la responsabilidad del funcionario público.

¹³¹ El art. 4023 del Código Civil dispone que “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial...”.

¹³² Por la aplicación analógica del 1091 del Código Civil (“Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor”) y el art. 29 del Código Penal.

¹³³ El Código Procesal Penal de la Nación establece en el art. 14 que “La acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal”.

Cabe mencionar algunas diferencias cuando lo que se reclama no es la indemnización del daño, sino la restitución de la cosa. Se ha considerado jurisprudencialmente que no es aplicable la prescripción de la responsabilidad extracontractual, **rigiendo un plazo de 10 años desde la comisión del hecho delictivo haciendo aplicación del art. 4023 del Código Civil**¹³⁴. En

¹³⁴ “Al respecto, resulta correcto el criterio aplicado por el a quo en cuanto a que si bien el art. 4037 del CCiv. establece que se prescribe por 2 años la acción de responsabilidad civil extracontractual, no se aplica este término breve de prescripción a la acción por restitución de las cosas de las que indebidamente se hubiera apropiado el autor del hecho ilícito o por pago de su equivalente (conf.: Borda, Guillermo A.: ‘Tratado de Derecho Civil. Obligaciones’, Editorial Perrot, t. II, ps. 83 y 84 [D 1116/000577]; y Corte Sup.: ‘Dirección Gral. de Fabricaciones Militares c. Malamud, José y otro’, causa n. 51119, rta. el 15/5/1963), sino la decenal prevista por el art. 4023 del CCiv.

En idéntico sentido se ha expedido Llabrás sosteniendo la corrección de dicha postura con el argumento de que “los renglones resarcitorios del art. 1091 no los debe el ladrón, ‘ex-delicto’, sino como poseedor vicioso de una cosa ajena” (conf. ‘Código Civil’, anotado, t. II-B, ‘Hechos y actos jurídicos. Actos ilícitos’, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1992, p. 381 [Llabrás, Código Civil]), y Salas, al sostener que dicha prescripción breve no es aplicable ‘cuando no se trata de la indemnización de los daños causados por el hecho ilícito, sino de la restitución de las cosas sustraídas o de su equivalente’ (conf.: ‘Código Civil Anotado’, Bs. As. 1959, p. 1928).

Por todo lo dicho, corresponde el rechazo del planteo casatorio formulado y la confirmación del fallo recurrido, por cuanto el plazo de 10 años aludido no había aún transcurrido cuando tuvo lugar la constitución en parte querellante (14/3/1995 -fs. 49/51-), siendo que los hechos denunciados ocurrieron en los meses de agosto y septiembre de 1992, y enero, febrero y marzo de 1993, conforme lo dispone el art. 3982 bis del CCiv. que dispone la suspensión del término de prescripción luego de deducida una querrela criminal”, Voto del Dr. Hornos, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 03/03/2000, “Larroude, María G.”, Buenos Aires.

En el mismo fallo y con similares argumentos, se ha extendido también a la restitución del valor de la cosa dispuesta cuando son bienes fungibles –dinero-. Al respecto se ha sostenido que “no se trata aquí de la acción personal que se rige por la prescripción del art. 4037, sino que se trata de una acción tendiente a la restitución de las cosas desapoderadas al dueño que se funda en el título de dominio y no en el hecho ilícito de la desposesión, que puede originar otros resarcimientos de daños irrogados por el acto ilícito (Llabrás, ob. cit., p 376 [Jorge J. Llabrás, Tratado de Derecho Civil Obligaciones], cita n. 169).

Así lo ha entendido la Corte Sup. al señalar -en coincidencia con la doctrina común- que deben distinguirse respecto de la prescripción legislada por el art. 4037 del CCiv. para la reparación del daño causado por los hechos ilícitos, las acciones tendientes a la restitución de los objetos sustraídos por los autores del delito, constituido por su apoderamiento, puesto que ‘se trata de una interpretación restrictiva fundada en la impertinencia de un régimen preferencial de prescripción para quienes invocan el delito en que han incurrido como fundamento de la obligación de restituir que les incumbe. Esta solución es

compartida, además, por la doctrina y jurisprudencia francesa en lo atinente a la cuestión suscitada por el término breve de prescripción penal (conf. Planiol y Ripert, 'Traité Pratique de Droit Civil Français', t. VI, p. 907, n. 673, Paris, 1930, y Baudry-Lancantinerie, 'Trattato', vol. 28, p. 487, n. 638, Milán, 1930).

A ello agregó el Más Alto Tribunal de la Nación que 'la tesis adoptada... reconoce, además, base normativa en la circunstancia de que la restitución de los bienes sustraídos encuentra fundamento ya en disposiciones contractuales, ya en preceptos autónomos de la ley civil, como son los que atañen a las acciones pertinentes para recuperar la posesión por parte del propietario, que no excluyen la posibilidad de cumplimiento por vía resarcitoria' (Corte Sup., 15/5/1963, 'D.G.F.M. c. Malamud, José y otros').

En igual sentido se han expedido los Tribunales inferiores, indicando que el término breve del art. 4037 relativo a la reparación civil 'por delitos o cuasidelitos' ha entendido referirse a la indemnización de daño ocasionada por el acto ilícito y reglada en los arts. 1068, 1069, 1077, y también por el art. 1078 del CCiv. si fuere el caso de un delito del derecho penal, 'y no a la obligación de restituir la cosa mal habida por el delito, o su equivalente, a que se aluden en los arts. 1091 y ss. del mismo código. No admitir este distingo importaría acordar al delincuente los beneficios de una prescripción breve que no podría amparar a todo otro detentador de cosa ajena obligado a restituirla a su dueño. Esta diferencia de una y otra reparación aparece claramente hecha en el art. 29 del CPen., al establecer en el inc. 1 la indemnización del daño material y moral causado por el reo, y disponer en el inc. 2 'la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo, del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere'. La disposición se ajusta a los precedentes, y ya en el proyecto de Tejedor se citaba a Chauveau Adolphe, cuando decía que 'no deben confundirse las restituciones con los daños y perjuicios. Las primeras tiene por objeto las cosas mismas de que ha sido privado el que reclama; las otras son la reparación del perjuicio sufrido. Las demandas entabladas para alcanzar este doble fin son, pues, independientes una de otra, y pueden por tanto, ejercerse aislada y simultáneamente' (Suprema Corte de Buenos Aires, 13/8/1946, 'Molinos Río de la Plata S.A. c. Funes, Elías V. y otro. En concordancia C. Nac. Civ, sala D, 27/12/1956, "Municipalidad de la Capital c. Plá, Justo J., Cámara de Apelaciones de Rosario, sala 2ª, Fallo n. 6257 y Cámara Comercial de la Capital, 17/5/1950, 'Transcontinental S.R.L. c. Palui, César S. entre otros').

En abono de lo expuesto traeré nuevamente a colación lo indicado por Llambías (ob. cit. p. 375 [Jorge J. Llambías, Tratado de Derecho Civil Obligaciones]) en una nota sumamente esclarecedora para la resolución del tema arrimado al referirse a la prescripción de las cosas apropiadas indebidamente: 'si se trata de la reivindicación de las mismas cosas de que fue desposeído su dueño, tal acción es imprescriptible..., pues no puede ser la situación del autor del delito superior a la de cualquier otra persona contra quien fuese viable la reivindicación: esta acción puede resultar contrarrestada sólo por una usucapión contraria que en cabeza del delincuente, se cumple recién a los 20 años de posesión continuada... Sólo juega la prescripción liberatoria decenal, si por no ser identificable o no conocerse el destino de la cosa que fue materia del delito, o no ser viable la reivindicación contra su poseedor actual, el antiguo dueño tiene que contentarse con una indemnización sustitutiva del valor de la cosa y sus accesorias: la pretensión de percibir esa indemnización prescribe en el lapso ordinario de 10 años. Ello ocurre con la restitución del dinero defraudado, que

consecuencia, cuando exista disposición patrimonial del Estado a favor del imputado o demandado civilmente por un hecho de corrupción, el tiempo de prescripción se amplía a 10 años desde la comisión del ilícito. Pero, **sólo puede reclamarse por los bienes o el monto de los bienes transferidos materialmente, no comprendiendo otros daños derivados de la acción ilícita.**

Asimismo, cabe remarcar que esta restitución **puede ordenarse de oficio por el juez**, pese a no ser iniciada al acción civil correspondiente¹³⁵.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el art. 238 del Código Procesal Penal de la Nación **admite la posibilidad de restituir provisionalmente antes del dictado de la sentencia condenatoria**¹³⁶. Incluso el art. 238 bis lo admite en el supuesto de inmuebles y antes del dictado del auto de procesamiento, pero provisionalmente¹³⁷.

- Posibilidad de prever expresamente devolución definitiva de los bienes antes de la sentencia.

no es identificable, ni por ende, reivindicable””, Voto de Berraz de Vidal, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 03/03/2000, “Larroude, María G.”, Buenos Aires.

¹³⁵ El Art. 403 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas.

Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones.

Sin embargo, podrá ordenarse la restitución aunque la acción no hubiese sido intentada”.

¹³⁶ El art. 238 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “Los objetos secuestrados que no estén sometidos a la confiscación, restitución o embargo, serán devueltos tan pronto como no sean necesarios, a la persona de cuyo poder se sacaron. Esta devolución podrá ordenarse provisionalmente, en calidad de depósito, e imponerse al poseedor la obligación de exhibirlos cada vez que le sea requerido. Los efectos sustraídos serán devueltos, en las mismas condiciones, al damnificado, salvo que se oponga a ello el poseedor de buena fe de cuyo poder hubieran sido secuestrados”.

¹³⁷ Art. 238 bis. “En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario”.

6. La obligación de indemnizar los daños provocados por los delitos

Como hemos venido sosteniendo, la asignación de responsabilidad genera la obligación de reparar, lo cual en general, implicará la **existencia del deber de pagar una suma de dinero, cuya cuantía depende de la magnitud del daño provocado**¹³⁸. Esta cuantía debe ser determinada en un **proceso judicial** –civil o penal-.

En este supuesto, **la mora se produce desde la comisión de la conducta, comenzando a generarse intereses**¹³⁹.

7. Responsabilidad civil de las personas jurídicas

Con referencia a las personas jurídicas, aplicándose **la teoría realista**, se ha considerado que son responsables por los actos antijurídicos¹⁴⁰. Se exige como particularidad “a) la culpa del órgano, salvo cuando el fundamento de la

¹³⁸ “La indemnización constituye una obligación autónoma cuando se trata de reparar los daños y perjuicios originados por la ejecución de un acto ilícito, y tiene en éste su fuente directa”. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit. Este deber resulta de la imposibilidad de restituir las cosas al estado anterior o de la voluntad del damnificado. El art. 1083 del Código Civil dispone que “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”.

¹³⁹ “En cuanto a la responsabilidad extracontractual culposa, la mora se produce de pleno derecho; los intereses correspondientes a indemnizaciones debidas por delitos y cuasidelitos se deben desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁴⁰ El artículo 43 del Código Civil dispone que "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título `De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos´". El artículo 1720 del Código Civil dice que "En el caso de los daños causados por los administradores son aplicables a las sociedades las disposiciones del título `De las personas jurídicas´".

responsabilidad es objetivo; b) el órgano debe obrar en calidad de tal y en la órbita de actividad de la persona jurídica, y si es un agente o dependiente, en el ejercicio de las funciones”¹⁴¹.

Por lo tanto, **no sólo se exige que la conducta ilícita sea realizada por una persona física con facultad de representar o administrar¹⁴² a la persona jurídica, sino que debe obrar dentro de la esfera de actividad¹⁴³**. No debe entenderse con un sentido restringido la esfera de actividad, ya que debe comprender **tanto los actos en ejercicio¹⁴⁴ como en ocasión de las funciones**. Por consiguiente, se abarcan conductas en las cuales los integrantes de los órganos utilizan su capacidad de actuar “en nombre” de la persona jurídica y comenten conductas antijurídicas que **no podrían haber cometido sino ejerciesen tal función¹⁴⁵**. **De otro modo, las personas jurídicas no podrían ser**

¹⁴¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁴² “No se ha establecido, en cambio, responsabilidad alguna por los hechos ilícitos de los miembros que no fueren integrantes de los órganos de administración y dirección, lo que excluye la responsabilidad por hechos ilícitos de los órganos deliberativos (asambleas) y de control (síndicos, revisores de cuenta)”, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 288.

Cuando el órgano de administración es colegiado se ha sostenido que “la responsabilidad indirecta se extiende al hecho de cualquiera de los integrantes, realizado en ejercicio u ocasión de sus funciones fueren o no representantes legales de la entidad”, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 289.

¹⁴³ “La circunstancia de que los directores o administradores integren la persona jurídica y constituyan los órganos de expresión de ésta, no es suficiente para identificarlos hasta tal extremo de hacer incidir en el patrimonio de ella los actos ilícitos de sus representantes, cuando esos actos son ajenos a la función”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁴⁴ “La noción de *ejercicio de la función* no ofrece dificultad alguna: es el desarrollo de los actos previstos en el estatuto, y por ello el daño es imputable a la persona jurídica”, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 289.

¹⁴⁵ “En las ‘VI Jornadas de Derecho Civil’ (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1977) se formularon valiosas pautas interpretativas al considerar el tema V ‘Responsabilidad civil de las personas jurídicas’. Ellas son: ‘11) Que la interpretación respecto de cuáles actos ilícitos se consideran realizados ‘con ocasión’ no debe perder de vista los criterios de razonabilidad y equidad. 12) Para decidir equitativa y razonablemente en el tema deben computarse las circunstancias del caso: circunstancias objetivas de tiempo, lugar y modo operativo y circunstancias subjetivas de personas. 13) Por actos cometidos con ocasión de las funciones que responsabilizan a la persona jurídica, debe entenderse sólo a aquellos actos ajenos o extraños a la función, pero que únicamente han podido ser llevados a cabo por el representante o administrador en tal calidad y que por lo

jamás responsabilizadas de hechos ilícitos dolosos cuando, en realidad, crean las condiciones para que se produzcan estas conductas dañosas¹⁴⁶.

Con referencia a un hecho de corrupción que haya sido realizado por un **persona física de un órgano administrador o con facultad de representar,**

tanto no habrían podido realizarse, de ninguna manera, de no mediar dicha función’”, GOLDENBERG, Isidoro H., *La unidad de los regímenes de responsabilidad y la relación causal en el proyecto de unificación*, LexisNexis.

“En las ‘I Jornadas Provinciales de Derecho Civil’ (Mercedes. 1981), la Comisión que trató el tema I ‘El art. 1113 del Cód. Civil (supuestos de responsabilidad contemplados) declaró: *‘Vinculación entre las Junciones o tareas encomendadas al dependiente y el daño causado.* Como esta responsabilidad debe integrarse con lo preceptuado por el art. 43 del Cód. Civil, la misma existe, además del caso de ‘ejercicio’, por el daño causado ‘en ocasión de las funciones’, en el entendimiento de que la función debe haber posibilitado la comisión de un hecho ilícito, que de otra forma no hubiera podido concretarse’”, GOLDENBERG, Isidoro H., *La unidad de los regímenes de responsabilidad y la relación causal en el proyecto de unificación*, LexisNexis.

Se ha dicho que la “fórmula del art. 43 es amplia y, por ende, comprende también aquellos actos que, aunque ajenos a la función, son ejecutados en virtud de una relación que ha facilitado notablemente su comisión”, JA, 1998-I-235 en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones por calificar a un árbitro de fútbol como “caradura y sinvergüenza”*, LexisNexis.

“Se ha opinado que, para que haya responsabilidad de la persona jurídica ‘con ocasión’ de las funciones, tiene que existir “una razonable relación entre las funciones y el daño”. Hay quien engloba, dentro de la frase ‘ejercicio u ocasión de las funciones’, al ejercicio de la función propiamente dicho, al abuso de las funciones (dentro del cual se encuentran la mala ejecución de las funciones y el ejercicio aparente de las funciones) y los actos realizados con ocasión de las funciones. Dentro de este pensamiento, se llega a delimitar, con más precisión, la esfera de responsabilidad de la persona jurídica por los actos realizados con ocasión de las funciones (rectius: el ámbito que queda fuera de su órbita), afirmando que ‘no existirá responsabilidad del ente ideal, si la ‘función’ del representante o dependiente sólo ha facilitado el delito, pero no resultaba indispensable para su comisión’”, TRIGO REPRESAS, F. A., *Responsabilidad de las personas jurídicas*, ob. cit., p. 173 en ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La responsabilidad civil de la persona jurídica con ocasión de las funciones por calificar a un árbitro de fútbol como “caradura y sinvergüenza”*.

“Spota sostiene que deben incluirse todos aquellos casos en que la función encomendada haya ‘facilitado notablemente’ la comisión del acto perjudicial”, RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 290.

¹⁴⁶ “Por nuestra parte, compartimos el criterio de Borda que para eludir el riesgo derivado de una desmedida amplitud del alcance de la fórmula que se examina, sostiene que hay responsabilidad siempre que haya una *razonable relación* entre las funciones y el daño. Como se ha afirmado en un debate sobre el tema, el fundamento manifiesto es que si la propia persona jurídica ha creado la *ocasión* para el daño, debe responder por éste”, GOLDENBERG, Isidoro H., *La unidad de los regímenes de responsabilidad y la relación causal en el proyecto de unificación*.

deberá acreditarse que actuó en ocasión de sus funciones, ya que nunca puede estar autorizado estatutariamente para cometer un hecho delictivo. En este sentido, creemos que se dan estas condiciones cuando realiza el hecho de corrupción **valiéndose de su carácter de órgano de la persona jurídica.** De este modo, se podrá accionar tanto contra el patrimonio de la persona física como contra los bienes de la persona jurídica independientemente de quién resultó o resultaría beneficiado por el hecho ilícito.

8. Procedimientos para ejercer la acción civil

La decisión judicial que ordene la reparación del daño debe ser obtenida **dentro de un proceso penal o por medio de un procedimiento civil.** La regulación de estos procedimientos dependerá siempre de la **legislación local,** ya que es una cuestión no delegada al Gobierno Federal en la Constitución Nacional.

Particularmente, nos dedicaremos a estudiar la regulación a **nivel federal,** lo cual subsume los supuestos en que el **patrimonio público nacional se ve afectado por un hecho de corrupción.**

El **proceso civil**¹⁴⁷ se encuentra regulado por el **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación** considerándose como damnificada a la **Administración Pública Nacional** y siendo representada por funcionarios estatales individualizados por la ley 17.516¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Se discute si corresponde un proceso civil o un contencioso administrativo, por nuestra parte, nos inclinamos por la primera de las respuestas, ya que las normas que entran en juego son del derecho privado. En cambio, otra sería la respuesta, cuando se juzga la responsabilidad de un funcionario público y debe valorarse la normativa del empleo público. Igualmente, cabe aclarar que ante la inexistencia de un Código Contencioso-Administrativo, resulta aplicable el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴⁸ La ley 17.516 en su art. 1 establece que “Salvo los casos en que por ley se autorice un régimen especial, el Estado nacional y sus entes descentralizados serán representados y patrocinados ante los tribunales judiciales y organismos jurisdiccionales y administrativos, nacionales o locales: a) En la Capital Federal, por los letrados dependientes de los servicios jurídicos de los respectivos ministerios, secretarías de estado, reparticiones o entes descentralizados; b) En el interior de la República, cuando el organismo interesado carezca, en el lugar, de los servicios previstos en el apartado a) por los procuradores fiscales federales y, en su defecto, por letrados designados especialmente, dándose preferencia a

Por su parte, el procedimiento a llevar a cabo dentro del **proceso penal** se encuentra regulado en el **Código Procesal Penal de la Nación** expresamente.

Creemos que el Estado, a través del órgano competente, **siempre está obligado a promover la acción de responsabilidad civil por alguno de los dos mecanismos**¹⁴⁹.

A continuación nos dedicaremos a realizar una breve descripción del ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

8.1 La acción civil en el proceso penal

8.1.1 Fines y principios

funcionarios de entidades oficiales; c) Por el procurador del Tesoro de la Nación, cuando el Poder Ejecutivo lo estimare conveniente”.

¹⁴⁹ En contra y subordinándola a cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, se ha dicho “en principio, la decisión de iniciar o proseguir actuaciones judiciales supone la evaluación de cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, lo que constituye una función ajena a la competencia específicamente jurídica que incumbe a (esta) Procuración del Tesoro (ver ‘Dictámenes’, 192-79, entre muchos otros), (‘Dictámenes’, 199-45)”, Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 170, Revista de Derecho Administrativo, Año 5, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 585 y ss.

Por el contrario, se ha considerado que “[n]os parece que el término ‘responderá’ en el texto del art. 130 ley 24.156 (LA 1992-C-3353) (sobre el que versaba la cuestión sometida a dictámen) no permite sustentar que sea discrecional del órgano administrativo la decisión de promover acciones para hacer efectiva la responsabilidad del agente. En todo caso, no parece explicable qué razones pueden hacer inconveniente o inoportuno que el Estado persiga al funcionario autor de un acto ilícito por el que tuvo que responder”, PRIETO, Hugo N., *¿Responsabilidad del Estado o responsabilidad del funcionario? Un caso atípico: la Provincia del Neuquén*, Jurisprudencia Argentina, LexisNexis.

La acción civil a favor del Estado puede ser ejercida en el proceso penal¹⁵⁰ y se establece expresamente que tiene como fin **la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la reparación de los daños**¹⁵¹. Se patentiza claramente la finalidad restaurativa de este instituto al pretenderse reparar los daños provocados por la acción delictiva. Asimismo, debe remarcarse que pese a ser ejercida en el proceso penal, **hay una constante recurrencia a normas y principios propios del derecho procesal civil**, basado en la idea de igualdad de armas, al momento de regularse el ejercicio de esta acción civil¹⁵².

¹⁵⁰ El Código Civil en el artículo 1096 el principio de la independencia de ambas acciones al disponer que "La indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal". Sin embargo, el art. 29 del Código Penal prevé que "La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba".

Asimismo, el art. 30 del mismo cuerpo legal, le da privilegio a la obligación de indemnizar el daño frente otras deudas que tenga el condenado al disponer que "La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1. La indemnización de los daños y perjuicios. 2. El resarcimiento de los gastos del juicio. 3. El decomiso del producto o el provecho del delito. 4. El pago de la multa.". De modo que el para el Estado es más importante la reparación de los daños que la efectivización de las otras medidas.

¹⁵¹ Se ha sostenido en la jurisprudencia que "el código sustantivo como el adjetivo abarcan dentro de un único concepto de acción reparatoria tanto a la pretensión resarcitoria como a la restitutoria, y que ambas pretensiones tienen una fuente extracontractual; no estando autorizado en el proceso penal incoar una acción civil de origen contractual", voto del Dr. Hornos, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 03/03/2000, "Larroude, María G.", Buenos Aires.

¹⁵² "A partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), puede ejercitarse la acción civil con independencia de las partes penales (arts. 14, 15, 87 y 88 CPPN.), considerándose al fuero penal como una sede única apta para accionar ambas pretensiones, generadas en torno a un mismo hecho civil y penalmente ilícito. Como observamos, la regla de accesoriedad que con anterioridad regía la cuestión, ha sufrido una importante atenuación. Según la normativa vigente, la dependencia se ha limitado a que la acción penal esté previamente promovida y que se mantenga el curso de las actuaciones penales; pero ya no se requiere ser parte en el proceso penal para constituirse en actor civil. Es de destacar que lo que en el antiguo régimen implicaba una actividad conjunta de acusación y demanda, hoy se ha dividido yendo cada acción a su sector propio. El querellante acusa y el actor demanda, consistiendo en actos separados, que se prevén también en oportunidades separadas, incluso si quien actúa como querellante y actor es la

8.1.2 Legitimación activa

La acción debe ser ejercida por **los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado Nacional**, es decir, que el Estado se constituirá en parte de este proceso siendo el actor de la demanda civil¹⁵³. **No se admite la aplicación de responsabilidad civil de oficio¹⁵⁴**, salvo en el supuesto de la restitución.

misma persona. De este modo, coexisten términos, formalidades y principios de cada uno de los dos procesos, en actuación conjunta en una misma sede. Por ello, también, el CPPN. ha dispuesto en sus arts. 93 y 101 una explícita remisión a las formalidades establecidas por el CPCCN., en la inteligencia de que debe ser esta última legislación la que regule las principales actividades del civilmente demandante y demandado, aún cuando desplieguen sus conductas dentro del marco que les otorga el proceso penal”, Voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia -en mayoría-, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 23/11/1998, “Lirman, Roberto s/recurso de casación”.

¹⁵³ El art. 14 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “La acción civil para la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil podrá ser ejercida sólo por el titular de aquélla, o por sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable, ante el mismo tribunal en que se promovió la acción penal”. Por su parte, el art. 15 del mismo cuerpo normativo dispone que “La acción civil será ejercida por los representantes del Cuerpo de Abogados del Estado cuando el Estado nacional resulte perjudicado por el delito”.

El art. 87 del Código Procesal Penal dispone que “Para ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal, su titular, deberá constituirse en actor civil.

Las personas que no tengan capacidad para estar en juicio, no podrán actuar si no son representadas, autorizadas o asistidas en las formas prescriptas para el ejercicio de las acciones civiles”.

Asimismo, se prohíbe a los integrantes del Ministerio Público ser parte de esta acción civil. Al respecto, la ley 24.946 en su art. 27 establece que “Quedan excluidas de las funciones del Ministerio Público: la representación del Estado y/o del Fisco en juicio, así como el asesoramiento permanente al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Ello no obstante, el Poder Ejecutivo por intermedio del ministro correspondiente, podrá dirigirse al procurador o al defensor general de la Nación, según el caso, a fin de proponerles la emisión de instrucciones generales tendientes a coordinar esfuerzos para hacer más efectiva la defensa de la causa pública, la persecución penal y la protección de los incapaces, inhabilitados, pobres y ausentes”.

8.1.3 Legitimación pasiva

Esta acción podrá ser dirigida tanto **contra los partícipes del delito como contra la persona civilmente responsable**¹⁵⁵ lo cual quedaría a discreción del actor. Se establece que cuando acciona contra los segundos, necesariamente debe también dirigir la demanda contra los imputados¹⁵⁶. Sin embargo, consideramos que el Estado no puede ejercer con tal discreción una medida de recupero de activos, por lo cual **creemos que debe dirigirla contra todos los posibles responsables.**

Debe agregarse que consideramos que dentro de persona civilmente responsable **debe ingresar la persona jurídica que se haya beneficiado por un hecho de corrupción** y que deba responder por los hechos de sus representantes o administradores, de acuerdo a lo expuesto previamente.

No resulta necesario que en el proceso penal ya se hubiera individualizado el imputado para iniciar la acción civil, incluso podrá no mencionarse a alguno y se entenderá que la demanda se dirige contra todos los imputados y los civilmente demandados¹⁵⁷.

¹⁵⁴ “[L]a jurisprudencia está firmemente orientada a admitir la condenación al resarcimiento, solamente cuando la víctima lo hubiere solicitado”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁵⁵ El art. 97 del Código Procesal Penal de la Nación regula que “Las personas que según la ley civil respondan por el imputado del daño que cause el delito podrán ser citadas para que intervengan en el proceso, a solicitud de quien ejerza la acción resarcitoria quien, en su escrito, expresará el nombre y el domicilio del demandado y los motivos en que funda su acción”.

Debe considerarse que comprende a las personas que participan de los efectos del delito a título lucrativo –encubridores por adquirir los bienes obtenidos por el hecho ilícito-. Esto se encuentra regulado expresamente en el art. 32 del Código Penal, al disponer que “El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado”.

¹⁵⁶ Dispone el art. 88 del Código Procesal Penal que “...Si en el proceso hubiere varios imputados y civilmente demandados, la acción podrá ser dirigida contra uno o más de ellos. Pero si lo fuera contra los segundos deberá obligatoriamente ser dirigida, además, contra los primeros...”.

¹⁵⁷ El art. 88 del Código Procesal Penal de la Nación expresa que “La constitución de actor civil procederá aun cuando no estuviere individualizado el imputado [...] Cuando el actor no mencionare a ningún imputado, se entenderá que se dirige contra todos”.

8.1.4 Oportunidad de la presentación de la acción civil

Puede ser presentada esta acción civil en el proceso penal **hasta el momento en que se clausura la instrucción**¹⁵⁸. Luego de ello, podrá reclamarse en la sede civil.

8.1.5 Requisitos de la presentación de la acción civil

En la presentación de la presentación de la acción civil deberán constar los **fundamentos de la acción, debiendo alegarse los presupuestos de responsabilidad antes enunciados, además de ciertas enunciaciones formales**¹⁵⁹.

8.1.6 Facultades del actor civil

Una vez presentada la acción, se constituirá en **parte** y tendrá ciertas facultades en el proceso penal que le permitirán obtener los elementos probatorios para fundar su demanda y asegurar la ejecución de la sentencia a su favor¹⁶⁰. Es decir que las facultades se ven limitadas al objeto de la acción: la reparación de un daño provocado por un hecho ilícito.

8.1.6.1 Medidas cautelares

¹⁵⁸ El art. 90 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “La constitución de parte civil podrá tener lugar en cualquier estado del proceso hasta la clausura de la instrucción. Pasada dicha oportunidad, la constitución será rechazada sin más trámite, sin perjuicio de accionar en la sede correspondiente”.

¹⁵⁹ El art. 89 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “La constitución de parte civil podrá hacerse personalmente o por mandatario, mediante un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, las condiciones personales y el domicilio legal del accionante, a qué proceso se refiere y los motivos en que se funda la acción”.

¹⁶⁰ El art. 91 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “El actor civil tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado, y reclamar las medidas cautelares y restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes”.

Para asegurar la ejecución de una decisión favorable a sus intereses, el juez está facultado **a dictar el embargo de los bienes del imputado o en su caso del civilmente demandado**, a menos que por la carencia de bienes, se dicte la **inhibición general**. Esta medida, como sostuvimos en el anterior informe, **debe ser dispuesta de oficio al momento de dictar el auto de procesamiento**, sin embargo puede ser dictada en una **etapa previa** requiriendo como toda medida cautelar **que se acredite debidamente el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho**¹⁶¹.

Evidentemente, la carga de la prueba de tales hechos, recae en la parte que ejerce la acción civil si desea el dictado de una medida cautelar que garantice la indemnización pecuniaria de los daños provocados por la conducta delictiva. Creemos que la obligación de disponer la medida cautelar al momento del dictado del auto de procesamiento obedece a que existe ya un alto grado de verosimilitud del derecho por haberse recabado elementos de convicción suficientes sobre la comisión del delito.

Cabe agregar que el actor civil puede solicitar **una ampliación del embargo**¹⁶², **sin embargo al ser solicitada por el Estado no corresponde que brinde una contracautela**¹⁶³.

Respecto a las controversias que pueden acaecer respecto de la aplicación de estas medidas son reguladas por las normas provenientes del Código Procesal

¹⁶¹ El art. 518 del Código Procesal Penal de la Nación dice que “Al dictar el auto de procesamiento, el juez ordenará el embargo de bienes del imputado o, en su caso, del civilmente demandado, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas.

Si el imputado o el civilmente demandado no tuvieren bienes, o lo embargado fuere insuficiente, se podrá decretar su inhibición.

Sin embargo, las medidas cautelares podrán dictarse antes del auto de procesamiento, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen”.

¹⁶² El art. 519 del Código Procesal Penal de la Nación ha establecido que “El actor civil podrá pedir ampliación del embargo dispuesto de oficio, prestando la caución que el tribunal determine”.

Civil y Comercial de la Nación¹⁶⁴, estableciéndose que el recurso de apelación contra las decisiones judiciales tendrá efecto devolutivo, impidiendo así la suspensión del proceso penal por cuestiones incidentales.

8.1.6.2 Presentación de la demanda civil

El actor civil, a partir de la notificación de la clausura de la instrucción dispuesta por el juez, **tendrá tres días para concretar su demanda civil por daños y perjuicios, sino se considerará que habrá desistido de su derecho.**

La demanda civil deberá cumplir las exigencias de la regulación procesal civil¹⁶⁵. Por lo cual, deberá contener **el nombre y domicilio del demandado – imputado y en su caso, civilmente demandado-; el monto demandado; los hechos en que se funde, explicados claramente; el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias y la petición en términos claros y positivos**¹⁶⁶.

Así también deberá señalar la **prueba documental** producida durante la instrucción y, en su caso, agregar la documentación que esté en poder del

¹⁶³ El art. 200 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que No se exigirá caución si quien obtuvo la medida: 1) Fuere la Nación, una provincia, una de sus reparticiones, una municipalidad o persona que justifique ser reconocidamente abonada...”.

¹⁶⁴ El art. 520 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “Con respecto a la sustitución del embargo o inhibición, orden de los bienes embargables, forma y ejecución del embargo, conservación, seguridad y custodia de los bienes embargados, su administración, variaciones del embargo, honorarios y tercerías, regirán las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pero el recurso de apelación tendrá efecto devolutivo”.

¹⁶⁵ El art. 93 del Código Procesal Penal de la Nación ha regulado que “El actor civil deberá concretar su demanda dentro de tres (3) días de notificado de la resolución prevista en el artículo 346.

La demanda se formulará por escrito y con las formalidades exigidas en el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación y será notificada de inmediato al civilmente demandado”.

¹⁶⁶ Ver al respecto el art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

demandante o individualizarla indicando su contenido y el lugar, archivo, oficina pública o persona que la tiene a su alcance¹⁶⁷.

A partir de la presentación de la demanda, el civilmente demandado deberá **contestarla en el plazo de seis días desde la notificación; pudiendo incluir las excepciones y la reconvenición**, si las considera pertinentes¹⁶⁸. La resolución de las excepciones podrá ser diferida al momento de sentenciar, lo cual exigirá un auto fundado¹⁶⁹.

8.1.6.3 Participación en el debate

Durante el juicio oral se acreditará la responsabilidad civil del imputado y en su caso del civilmente demandado, teniendo facultades el actor civil de **ofrecer las**

¹⁶⁷ El art. 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha establecido que “Con la demanda, reconvenición y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intentaren valerse. Cuando la prueba documental no estuviere a su disposición, la parte interesada deberá individualizarla, indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina pública o persona en cuyo poder se encuentra.

Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida, los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribirá este artículo, el envío de la pertinente documentación o de su copia auténtica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaría, con transcripción o copia del oficio.

Si se ofreciera prueba testimonial se indicará qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo. Tratándose de prueba pericial la parte interesada propondrá los puntos de pericia”.

¹⁶⁸ El Código Procesal Penal de la Nación dispone en el art. 101 que “El civilmente demandado deberá contestar la demanda dentro de los seis (6) días de notificado de la misma. En el mismo plazo podrá oponer las excepciones y defensas civiles que estime pertinentes y reconvenir.

La forma se regirá por lo establecido por el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación”.

¹⁶⁹ El art. 102 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “El trámite de las excepciones y la reconvenición se regirá por las respectivas disposiciones del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación.

Los plazos serán en todos los casos de tres (3) días.

La resolución de las excepciones podrá, sin embargo ser diferida por el tribunal para la sentencia por auto fundado”.

pruebas y presentar un alegato¹⁷⁰. En el caso que no comparezca al debate o no formule conclusiones, se considerará que habrá desistido de su derecho.

8.1.6.4 Desistimiento de la acción civil

Asimismo, **el actor está facultado a desistir de su acción civil en cualquier etapa del proceso penal cargando con las costas de los demandados**¹⁷¹. El desistimiento importa la **renuncia a la acción civil**, no pudiendo reiniciarla en la sede civil¹⁷². Según el ordenamiento normativo procesal, debe ser declarada **tácitamente por la no promoción de la demanda civil tras el plazo contado desde la notificación de la clausura de instrucción, por la incomparecencia al debate o por su alejamiento sin formular conclusiones**.

8.1.6.5 Recursos del actor civil

¹⁷⁰ El art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación ha regulado que “Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al actor civil, a la parte querellante, al ministerio fiscal y a los defensores del imputado y del civilmente demandado, para que en ese orden aleguen sobre aquéllas y formulen sus acusaciones y defensas. No podrán leerse memoriales, excepto el presentado por el actor civil que estuviere ausente.

El actor civil limitará su alegato a los puntos concernientes a la responsabilidad civil, conforme con el artículo 91. Su representante letrado, como el del civilmente demandado, podrá efectuar la exposición”.

¹⁷¹ El art. 94 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “El actor podrá desistir de la acción en cualquier estado del proceso, quedando obligado por las costas que su intervención hubiere causado.

El desistimiento importa renuncia de la acción civil. Se lo tendrá por desistido cuando no concrete la demanda en la oportunidad fijada en el artículo 93 o no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado conclusiones”.

Por su parte, el art. 100 del mismo ordenamiento procesal ha establecido que “El desistimiento del actor civil hará caducar la intervención del civilmente demandado”.

¹⁷² Es un caso de desistimiento del derecho, lo cual está regulado también en el art. 305 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al disponer que “En la misma oportunidad y forma a que se refiere el artículo anterior, el actor podrá desistir del derecho en que fundó la acción. No se requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez limitarse a examinar si el acto procede por la naturaleza del derecho en litigio, y a dar por terminado el

Debemos decir que el actor civil tiene facultades recursivas de resoluciones vinculadas a sus intereses¹⁷³, como la decisión sobre las **excepciones preliminares**.

Asimismo, **puede recurrir las sentencias condenatorias** cuando el agravio supera determinado monto¹⁷⁴.

Sin embargo carece de facultades recursivas contra el sobreseimiento o la absolución del imputado, pero no se le impide la promoción de una nueva acción en sede civil –a menos que la absolución haya determinado la inexistencia del hecho o la falta de autoría-¹⁷⁵.

De modo que se limita la posibilidad de utilizar el proceso penal para satisfacer intereses civiles.

8.1.7 Imposibilidad de prosecución de la acción penal

En el caso que la acción penal no pueda proseguir por algún supuesto legal –rebeldía, fallecimiento del imputado, incapacidad mental posterior al hecho-, el **actor civil deberá recurrir a la sede civil**¹⁷⁶. Similar es el caso de la **absolución, cuando no se determina la inexistencia del hecho**¹⁷⁷.

juicio en caso afirmativo. En lo sucesivo no podrá promoverse otro proceso por el mismo objeto y causa”.

¹⁷³ Dispone el art. 436 del Código Procesal Penal de la Nación que “El actor civil podrá recurrir de las resoluciones judiciales sólo en lo concerniente a la acción por él interpuesta”.

¹⁷⁴ El art. 462 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “El actor civil podrá recurrir:

1°) De la sentencia del juez en lo correccional, cuando su agravio sea superior a siete millones de australes (A7.000.000). 2°) De la sentencia del tribunal en lo criminal, cuando su agravio sea superior a once millones de australes (A11.000.000)”.

¹⁷⁵ El art. 95 del Código Procesal Penal de la Nación regula que “El actor civil carece de recursos contra el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria, sin perjuicio de las acciones que pudieren corresponderle en sede civil”.

¹⁷⁶ El art. 17 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “Si la acción penal no puede proseguir en virtud de causa legal, la acción civil podrá ser ejercida en sede civil”.

¹⁷⁷ “Si el acusado es absuelto en el proceso criminal, el juez de la causa penal no puede pronunciarse sobre los daños y perjuicios pedidos por la víctima, porque la facultad de

8.1.8 Sentencia penal

Finalmente, al momento de sentenciar se determinará la existencia o no de responsabilidad civil¹⁷⁸, previendo las leyes procesales que pese a dictarse la absolución, el tribunal penal **deberá pronunciarse sobre la acción civil**¹⁷⁹. En el caso que se determine que **no es responsable civilmente, la sentencia hará cosa juzgada al respecto**¹⁸⁰.

8.1.9 Ejecución de la sentencia respecto de la responsabilidad civil

En materia de ejecución, se prevé que sino se produce inmediatamente por el juez penal que dicta sentencia, **deberá recurrirse a un juez civil aplicando el**

fijarlos es accesoria de la sentencia de condena (art. 29, Cód. Pen.)”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁷⁸ El art. 398 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que “El tribunal resolverá todas las cuestiones que hubieran sido objeto del juicio, fijándolas, en lo posible, dentro del siguiente orden: las incidentales que hubieran sido diferidas, las relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del imputado, calificación legal que corresponda, sanción aplicable, restitución, reparación o indemnización más demandas y costas.

Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas”.

¹⁷⁹ El art. 16 del Código Procesal Penal de la Nación ha establecido que “La acción civil sólo podrá ser ejercida en el proceso mientras esté pendiente la acción penal.

La absolución del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia”.

“La ausencia de delito penal no excluye la posibilidad de responsabilidad civil (se anuló parcialmente una resolución que absolvió por el delito de calumnias e injurias, y omitió pronunciarse sobre la acción civil interpuesta). El tribunal debe resolver todas las cuestiones que hubieran sido objeto de juicio. Expresamente, el Código hace alusión a que el tribunal deberá, en caso de haber sido planteada conforme lo establecen los arts. 14 y ss. CPPN., resolver la pretensión civil resarcitoria”, Voto del Dr. Hornos, adhieren las Dras. Berraz de Vidal y Capolupo de Durañona y Vedia, C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 19/12/2003, “Fuscaldo, Elba Perla s/recurso de casación”.

¹⁸⁰ “Si se condena al acusado en la pertinente jurisdicción penal, pero no se admite por el juez en la sentencia condenatoria el resarcimiento de daños y perjuicios pedidos por el damnificado, este pronunciamiento hace cosa juzgada, pues la acción ha sido ejercida y agotada en la sentencia. Ésta puede no hallar mérito por falta de prueba del perjuicio”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

procedimiento de ejecución de sentencias previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁸¹. Tiene competencia el actor civil –cuerpo de abogados del Estado-¹⁸².

9. Relación entre las acciones civil y penal

A continuación se analizarán las relaciones recíprocas de las acciones penal y civil. En primer lugar, tendremos en cuenta la influencia que pueden tener las sentencias de cada una de las competencias materiales -civil y penal-, en el caso que la acción civil se realice en un procedimiento independiente del proceso penal.

Luego nos detendremos tanto en la suspensión de la acción civil como de la prescripción de la acción civil durante el proceso penal.

9.1 Influencia de la sentencia penal en el proceso civil

La sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada sobre la existencia del hecho¹⁸³ **y de la culpa del condenado**¹⁸⁴. De este modo, se intenta evitar el escándalo jurídico que generarían las sentencias contradictorias.

¹⁸¹ El Código Procesal Penal de la Nación expresa en su art. 516 que “Las sentencias que condenan a restitución, reparación e indemnización de daños, satisfacción de costas y pago de gastos, cuando no sean inmediatamente ejecutadas o no puedan serlo por simple orden del tribunal que las dictó, se ejecutarán por el interesado o por el ministerio fiscal ante los jueces civiles y con arreglo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”.

¹⁸² No tiene competencia el Ministerio Público por el art. 76 de la ley 24.946.

¹⁸³ “En consecuencia, si el juez en lo penal considera que ha existido un delito, no puede después en el proceso civil renovarse la cuestión por la pretensión de inexistencia del mismo. Así, si se ha declarado que existió un robo o un homicidio, no se podría admitir que se volviera sobre lo decidido por el juez del crimen, alegándose que no hubo apoderamiento de una cosa ajena, o que no se produjo la muerte de la víctima”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁸⁴ El artículo 1102 del Código Civil ha establecido que "Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado".

“La existencia de la culpa del condenado, o sea de la intención criminal o de la culpa, elemento subjetivo del delito imputado. Por lo tanto, no puede tampoco renovarse en el

Por el contrario, **la sentencia criminal condenatoria no hace cosa juzgada respecto de la existencia y la cuantía de los daños, ni de la culpa concurrente**¹⁸⁵.

Asimismo, cuando la **sentencia es absolutoria, también se hace cosa juzgada sobre el hecho principal**¹⁸⁶ **y la autoría**¹⁸⁷. Sin embargo, si puede discutirse nuevamente cuestiones vinculadas con la culpabilidad del imputado¹⁸⁸ o los daños de la conducta enjuiciada.

proceso civil la cuestión relativa a la culpa del autor del hecho que fuera reconocida en el proceso criminal.

Se produciría el escándalo jurídico si después de establecida la responsabilidad penal por el hecho, pudiera en el juicio civil dictarse una resolución distinta sobre la responsabilidad civil que también se funda en el dolo o culpa del autor del hecho”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit..

¹⁸⁵ “En cambio, la sentencia criminal no hace cosa juzgada en cuanto a todas las demás cuestiones relativas a existencia y monto de los perjuicios, que no constituyen materia propia de aquella decisión [...]

Si el autor del hecho no puede impugnar la culpa que se le ha reconocido en sede penal, puede en cambio alegar y probar en el proceso civil la culpa concurrente de la víctima, que puede atenuar su responsabilidad en orden a la indemnización de los daños y perjuicios.

La sentencia criminal no hace cosa juzgada con respecto a la culpa concurrente de un tercero, a la que se haga referencia en la misma. Si es demandado éste por el damnificado por indemnización del daño, puede ese tercero cuestionar su culpabilidad, ya que por no haber sido oído en el juicio criminal no estuvo en condiciones de defenderse”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁸⁶ El artículo 1103 del Código Civil dispone que "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

“[S]e ha considerado que si en el proceso criminal se absuelve al acusado por considerar que no ha sido autor del hecho cuya existencia se ha probado, tampoco puede discutirse en el proceso civil esa circunstancia pretendiéndose que el mismo lo habría cometido”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁸⁷ “Así, la sentencia criminal declara que el hecho material del delito no ha existido, no se puede volver a discutir en el proceso civil su existencia. Por ejemplo, si el juez del crimen declara en la sentencia absolutoria que el dueño de una cosa no fue privado de ella, se tendrá definitivamente por cierto que no hubo delito de hurto”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁸⁸ “Posteriormente la jurisprudencia de los tribunales se ha orientado pacíficamente en el sentido de que la sentencia absolutoria dictada en el fuero penal, no produce el efecto de la cosa juzgada en el proceso civil con respecto a la culpa del imputado. En consecuencia, después de la absolución del acusado en el proceso criminal, puede discutirse en juicio civil la existencia de culpa, y condenarlo como autor de un cuasidelito a pagar la indemnización

Respecto del **sobreseimiento, se consideró que no tiene efectos sobre la decisión en el proceso civil**¹⁸⁹.

Debe tenerse en cuenta que **la sentencia penal no puede alterar la sentencia civil ya dictada, que es considerada cosa juzgada**¹⁹⁰.

9.2 Influencia de la sentencia civil en el proceso penal

de los daños y perjuicios por ese hecho”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

Estos se justifica en que “a) El texto legal se limita a establecer que, absuelto el acusado, no se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiera recaído la absolucón, pero no dice que no se podrá invocar la culpa del mismo.

b) La culpa penal que es juzgada rigurosamente y no se admite en caso de duda (*in dubio pro reo*) es diferente de la culpa civil, que se juzga con un criterio amplio, favorable a la víctima”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

La nota a los artículos 1102 y 1103 del Código Civil dice que "Los tribunales criminales, a no ser que la persona perjudicada se haya presentado en el juicio, no tienen que decidir si el hecho constituye o no un delito del derecho civil o un cuasidelito. Si pues un tribunal criminal juzgara, cuando no hay parte, que el hecho de que el acusado es reconocido autor, es completamente irrepreensible, y que no puede dar lugar ni a la aplicación de una pena, ni a una condenación de daños e intereses, la sentencia sería sin valor respecto a este último punto, y la persona perjudicada podría ocurrir ante la jurisdicción civil, y entrar en la cuestión de la existencia de un delito del derecho civil o de un cuasidelito, cuestión que el tribunal criminal no había tenido derecho de decidir".

¹⁸⁹ “Sin embargo, existe actualmente una pacífica jurisprudencia que afirma que el sobreseimiento no hace cosa juzgada en lo civil ni aun cuando se fundara en la inexistencia del hecho mismo que sirve de base a la acción resarcitoria. Es decir que el sobreseimiento definitivo no es equivalente a la sentencia absolutoria, en cuanto a sus efectos sobre la acción civil.

En la Capital Federal las Cámaras Civiles resolvieron que ‘el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria recaída en el juicio criminal, no hacen cosa juzgada en el juicio civil; el primero en absoluto, y la segunda respecto del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados’.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró también que ‘no cabe tener por acreditado en el juicio civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo en el proceso criminal con el alcance del artículo 1103 del Código Civil, ya que la absolucón es inconfundible con dicho sobreseimiento, que se dicta sin dejar al damnificado la oportunidad de ejercitar su derecho de defensa’”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁹⁰ El art. 1106 del Código Civil dispone que “Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos”.

El principio general es la **indiferencia**, por el cual, la sentencia civil no influye en el proceso penal¹⁹¹. Lo cual significa que “a) La sentencia recaída en juicio civil no impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho o sobre todo lo que con él tenga relación (art. 1105). b) Cualquiera sea la resolución que se dicte en el proceso civil sobre los hechos constitutivos del delito, o la intervención del acusado y su responsabilidad penal, el juez de lo penal está habilitado para resolver de modo contrario a la decisión de aquél”¹⁹².

La excepción al principio estaría dada por la existencia de **cuestiones prejudiciales** que requieren un proceso civil previo para su determinación¹⁹³, lo cual dependerá de la descripción típica en la legislación penal.

9.3 Suspensión del proceso civil

En el caso que exista un proceso penal y un proceso civil por el mismo hecho, **el principio es la suspensión en el dictado de la sentencia del segundo**¹⁹⁴. Es decir, que ambos prosiguen, pero **el civil no puede tener**

¹⁹¹ “Inversamente de lo que ocurre con la sentencia criminal respecto al proceso civil, la dictada en este último no ejerce, en principio, influencia alguna sobre aquél; en general, lo que resuelve el juez en el proceso civil es indiferente para la solución de la causa penal, en lo que respecta al delito, a la intervención del acusado y su responsabilidad penal”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

El artículo 1105 del Código Civil establece que "Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación".

¹⁹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁹³ El art. 1104 del Código Civil regula que “Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1 Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2 Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes”.

¹⁹⁴ El artículo 1101 del Código Civil dispone: "Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuera intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes...".

sentencia hasta que se resuelva la causa penal¹⁹⁵. En consecuencia, sólo tendremos sentencia civil sobre responsabilidad civil por un delito penal cuando ésta se dicte antes de la iniciación del proceso penal.

Esta suspensión “debe ser decretada de oficio cuando el juez toma conocimiento del proceso penal, pues existe un interés público en evitar el escándalo jurídico que puede resultar de sentencias contradictorias. Por ello es nula la sentencia civil dictada antes de que haya pronunciamiento en el proceso penal, la que puede ser declarada de oficio”¹⁹⁶.

Se admiten excepciones a la suspensión¹⁹⁷, que son la muerte¹⁹⁸ y la rebeldía del acusado¹⁹⁹. También, cuando por otro obstáculo legal no puede

¹⁹⁵ La “jurisprudencia se orientó posteriormente en el sentido de que lo único que debía suspenderse era la sentencia, pues el texto de la ley dice literalmente que ‘no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal’ (art. 1101). Además, si el principio que estamos considerando responde principalmente al objeto de salvaguardar el valor de la sentencia en lo criminal sobre lo civil, basta para ello con suspender el pronunciamiento definitivo en este último”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

“la acción civil puede ser intentada al margen o en forma paralela a la acción penal. Aunque en ciertos supuestos es menester subordinar el dictado de la sentencia civil al previo pronunciamiento penal, ello no es un impedimento para que el proceso civil pueda ser iniciado (CNCiv., Sala H, in re "Romanisyn, Jorge c/ Rubinstein, Carlos", del 3/9/97, JA, 1999-II, págs. 208/221)”, “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios", CNCIV, en pleno, 18/02/2004.

¹⁹⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁹⁷ El art. 1101 del Código Civil contiene dos excepciones, a saber: “1 Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos; 2 En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada”.

¹⁹⁸ “1) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos. La razón es que siendo la acción penal de carácter personal, se extingue con la muerte del acusado y no queda proceso penal pendiente”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

¹⁹⁹ “2) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada. El proceso penal se paraliza en estos casos por una razón de orden procesal, pero no resulta justo que esta paralización perjudique los derechos de la víctima enervando su acción para reclamar el resarcimiento”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

continuarse con la acción penal, por ejemplo si operó la prescripción de la acción penal o la amnistía²⁰⁰.

- Suspensión de la acción civil cuando es ejercida en un proceso independiente del penal²⁰¹.

9.4 Suspensión de la prescripción de la acción civil

La presentación en el proceso penal como querrela suspende²⁰² la prescripción de la acción civil y esta suspensión dura hasta la terminación del proceso penal²⁰³. Sin embargo, cuando la Administración Pública resulta ser afectada, siendo la víctima el propio Estado, éste no puede desempeñar el rol de querrela, por ello, **analógicamente debería entenderse que cuando promueve la acción penal a través del Ministerio Público suspende el curso de la prescripción de la acción civil.**

²⁰⁰ “Así por ejemplo, la prescripción de la acción penal pone fin al proceso penal, como también en los casos en que concluye por amnistía u oblación voluntaria de la multa. En estos casos no existe impedimento para dictar sentencia en el proceso civil”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

²⁰¹ Téngase en cuenta que en el el Proyecto de Código Civil del '98 se disponía que en el art. 1697 que "Si la acción criminal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva en el proceso civil se suspende hasta que concluye el proceso penal, con excepción de los siguientes casos:

- a. Si median causas de extinción de la acción penal.
- b. Si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración del derecho ejercido mediante la acción civil.
- c. Si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad".

En consecuencia, los supuesto a) y b), permitirían accionar civilmente aun cuando se haya iniciado un proceso penal, no suspendiéndose esta vía.

²⁰² El artículo 3983 del Código Civil dice que "El efecto de la suspensión es inutilizar para la prescripción, el tiempo por el cual ella ha durado; pero aprovecha para la prescripción no sólo el tiempo posterior a la cesación de la suspensión, sino también el tiempo anterior en que ella se produjo".

²⁰³ El art. 3982 bis del Código Civil dispone que "Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el

Una de las cuestiones discutibles de este tema es si se suspende la prescripción respecto de los que podrían ser demandados civilmente, pero que no han sido acusados penalmente. Al respecto, un reciente plenario ha concluido que "[n]o corresponde extender los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción civil que establece el Art. 3982 bis del Código Civil a todos los demandados a los que se les atribuye responsabilidad civil, aún a los que no fueron querellados o no son susceptibles de serlo"²⁰⁴. El fundamento radica en una aplicación formalista del art. 3981 dispone que "el beneficio de la suspensión de la prescripción tiene efectos relativos y personales ya que no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus co-interesados o contra sus co-interesados". Por lo tanto, el tribunal ha sostenido que "no corresponde extender los efectos de la suspensión de la prescripción por la deducción de la querrela penal a aquellos que fueron demandados en el juicio civil pero que no han sido parte en el proceso penal"²⁰⁵.

A nuestro juicio, asiste razón a la minoría que considera que **"[c]orresponde extender los efectos de la suspensión de los plazos de**

resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela".

²⁰⁴ "Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios", CNCIV, en pleno, 18/02/2004.

²⁰⁵ Se ha agregado que "[d]e ahí que la enumeración de estas causales es taxativa, la suspensión constituye una excepción a la regla general que gobierna el instituto de la prescripción, según la cual su curso corre contra todas las personas, sin atención a su naturaleza y sin que influyan consideraciones de índole subjetiva. Por lo tanto, tal como se indicó anteriormente sólo se suspende el curso cuando la ley lo ha establecido de manera expresa, aspecto que determina una interpretación estricta. Consecuentemente la relatividad del beneficio hace que no pueda extenderse a otras personas o situaciones fuera de las contempladas en la ley (Bueres, Alberto J.- Mayo, Jorge 'Aspectos generales de la prescripción liberatoria', Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 22, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 348/349).-

En caso contrario y ante la promoción de la querrela penal que no es impedimento para la formulación de la acción civil se deja en manos del damnificado, según que acuse o no criminalmente al autor del delito, la posibilidad de ampliar el plazo de prescripción, aspecto que debe regularse objetivamente y sin gravitación de la voluntad de los interesados (Llambías, Jorge Joaquín, op.cit., t° IV- B, págs. 37/38)", "Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios", CNCIV, en pleno, 18/02/2004.

prescripción de la acción civil que establece el art. 3982 bis del Código Civil a todos los demandados a los que se les atribuye responsabilidad civil, aún a los que no fueron querellados o no son susceptibles de serlo²⁰⁶. Los fundamentos radican en que **no todos los responsables civilmente pueden ser querellados penalmente debido a que no puede serle imputada subjetivamente la conducta o porque no pueden aplicarse sanciones penales a las personas jurídicas**. Aparte, como antes detallamos, existe una influencia de las decisiones adoptadas en el proceso penal que repercuten en la acción civil e impiden la obtención de la sentencia; por ello se encuentra totalmente justificada la suspensión en la resolución del proceso civil²⁰⁷. Esto se debe a que **el sujeto legitimado para promover la acción civil se ve motivado a no iniciarla hasta que se resuelva la cuestión penal para evitar una condena en costas y el dispendio jurisdiccional**²⁰⁸. Aparte, cabe agregar que, como antes expusimos,

²⁰⁶ “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios”, CNCIV, en pleno, 18/02/2004, disidencia.

²⁰⁷ “Por lo tanto, aunque en relación al mismo hecho existan otros sujetos que puedan ser civilmente responsables con fundamento en un distinto factor de atribución (como en el caso de las responsabilidades civiles reflejas, tales como la del dueño o guardián de la cosa con la que se cometió el delito, la del principal por el hecho del dependiente, etc.), no surgen dudas en punto a que estos no son susceptibles de ser querellados penalmente. Y ante la circunstancia descripta o aun en supuestos donde algún coautor o partícipe no fue querellado por la víctima al no aclarar el artículo citado ni restringir su aplicación a los acusados en el proceso penal, no corresponde pues circunscribir su interpretación. En concordancia con tales consideraciones cabe afirmar que la suspensión de la prescripción de la acción civil abarca a todos los responsables del hecho dañoso, hayan sido o no querellados penalmente”, “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios”, CNCIV, en pleno, 18/02/2004, disidencia.

²⁰⁸ Se ha sostenido que “permite que el damnificado no sea compelido a promover la demanda civil para interrumpir el curso de la prescripción, obligándolo a accionar aunque no esté determinado en sede penal el carácter ilícito del hecho atribuido a los querellados, lo que podría ocasionarle una eventual imposición de costas. En función de ello se entendió que estas razones de índole práctica justifican la extensión de los efectos suspensivos a todos los responsables civiles (CNCiv., Sala H, in re ‘C. de S., F. c/S., F s/ divorcio’, del 21/5/96), ello conforme lo previsto por los arts. 1102 y 1103 del Código Civil y más allá del efecto relativo y personal que marca el art. 3981 del Código Civil”, “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios”, CNCIV, en pleno, 18/02/2004, disidencia. “A la luz de lo expuesto debe recordarse que el instituto de la prescripción es de interpretación restrictiva. Por principio nuestro ordenamiento jurídico sostiene la subsistencia de las acciones como medio de mantener los derechos hasta que sean vividos

debe considerarse como **indivisible el deber de restituir que pesa sobre el responsable civilmente, por lo cual, es aplicable el art. 3982 cuando establece que “La disposición del artículo anterior no comprende las obligaciones o cosas reales indivisibles”**. De modo que la solución de la mayoría se quedaría sin sustento normativo, cuando la acción civil procede por la restitución del objeto obtenido por el hecho ilícito.

- No suspensión de la prescripción de la acción civil por la promoción de la acción penal contra todos los que pueden ser demandados civilmente

10. Responsabilidad de los funcionarios públicos

en plenitud regulando plazos para que ellas se ejerzan. En caso de duda cabe decidir en favor del mantenimiento de la acción (Boffi Boggero, Luis María, op.cit., t° 4, págs. 613/614, Ed. Astrea, Bs. As., 1977). En consecuencia, la promoción de la querrela penal es una muestra de que no se dan las razones que llevaron al legislador a extinguir la acción porque la intervención de la víctima en sede penal como querellante o particular damnificado (según la jurisdicción en la que actúe) demuestra su intención de ejercer sus derechos, sin que deba suponerse que de su parte medió desidia, abandono o negligencia las que sustentan la sanción de la prescripción (Míguez, María Angélica- Robles, Estela, op.cit., pág. 319)”, “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios”, CNCIV, en pleno, 18/02/2004, disidencia.

Esta norma se insertó a continuación del art. 3982 del Código Civil que consagra una excepción al efecto relativo que establece el art. 3981 en materia de suspensión de la prescripción en el caso de las obligaciones indivisibles. De esto entonces se deduce que el contenido del art. 3982 bis del Código Civil constituye otra excepción al carácter relativo de la suspensión de la prescripción sentado en el señalado art. 3981 (CNCiv., Sala F, in re ‘Franco de Palomo, Sara c/ Balentini, Carlos Alberto y otro s/ daños y perjuicios’, del 14/3/00)”, “Maciel, Marcos c/ Barry, Federico y otros s/ Daños y perjuicios”, CNCIV, en pleno, 18/02/2004, disidencia.

Se ha sostenido que no es necesario individualizar a los responsables civilmente para que se configure la suspensión, al considerarse que “[e]s indispensable que la víctima exteriorice su voluntad de defender activamente sus derechos, sin que la falta de individualización del autor sea óbice para que produzca el efecto mencionado”, con cita de SALAS, "Código Civil...", t. III, Ed. Depalma, p. 312; C. Nac. Civ., sala I, "Simahan, Mirta A. v. Cruz, Alejandro y otros s/sumario", del 31/10/1996 en BENAVENTE, María I., *La suspensión de la prescripción y el particular damnificado. A propósito de la jurisprudencia actual de la Sup. Corte Bs. As*, Jurisprudencia Argentina, LexisNexis, 14/7/2004.

Se admite que los funcionarios públicos²⁰⁹ sean responsables tanto frente a los particulares como frente al Estado por los daños que provoquen en ejercicio o en ocasión de sus funciones²¹⁰. Lo cual, evidentemente comprende la realización de hechos de corrupción dañosos.

La regulación de la responsabilidad frente al Estado queda bajo la órbita del **Derecho Administrativo²¹¹ nacional y local²¹² -dependiendo de la esfera en**

²⁰⁹ Cuando el órgano es colegiado se ha considerado que “la responsabilidad de los respectivos funcionarios depende de que hayan o no asistido a la correspondiente reunión o asamblea y, en caso afirmativo, si votaron o no en contra, o si salvaron su voto dejando constancia de su oposición (véase el tomo 1º, nº 25). La responsabilidad de los distintos integrantes del órgano, autores de la deliberación, es solidaria, ya sea que el hecho imputado implique un “delito” (Código Civil, artículo 1081) o un “cuasi-delito” (Código Civil, artículo 1109, in fine)”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, LexisNexis.

Esta responsabilidad es bastante amplia en la ley 24.156, ya que según el art. 117 recae sobre todo integrante de la administración central, de los organismos descentralizados, de las empresas y sociedades del Estado, de los entes reguladores de servicios públicos y de los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

²¹⁰ “La responsabilidad ‘civil’ de los agentes públicos (funcionarios y empleados) se produce cuando cierta actividad de los mismos ocasiona un daño, sea a los administrados, a otros funcionarios e incluso al propio Estado”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

La ley 24.156 establece genéricamente la responsabilidad civil de los funcionarios públicos al disponer en el Art. 130 que “Toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá de los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes mencionados siempre que no se encontrare comprendida en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial”. De modo, que se establece este régimen general, a menos que exista un ordenamiento administrativo particular.

²¹¹ Sin embargo hay ciertas limitaciones, ya que no puede establecerse un plazo de prescripción distinto al de la legislación común de acuerdo a lo dispuesto por el art. 131. Este artículo ha establecido que “La acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de todas las personas físicas que se desempeñen en el ámbito de los organismos y demás entes premencionados en los arts. 117 y 120 de esta ley, prescribe en los plazos fijados por el Código Civil contados desde el momento de la comisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas”. Pero no se aclara cuál es el tiempo de prescripción aplicable. Debe aclararse que este límite es sólo a nivel nacional, no rigiendo para el ámbito provincial. Se ha sostenido que “si se tratare de reglar el lapso de prescripción de la acción del Estado contra sus agentes públicos por daños y perjuicios que éstos le causaren como consecuencia, a raíz o con motivo del contrato de empleo público (contrato ‘administrativo’, *stricto sensu*), es obvio que las provincias tienen atribuciones

que se desempeñe el funcionario-. Son aplicables las normas jurídicas que regulan el contrato de empleo público²¹³ y, en subsidio, se regula por las

para legislar sobre ello y fijar el lapso de la prescripción de la acción: trataríase del ejercicio de poderes no delegados por las provincias a la Nación y, por tanto, reservados por éstas (Constitución nacional, artículos 104 y 105)”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

²¹² Se ha considerado sobre este punto que “[s]i se tratare de reglar la responsabilidad civil del funcionario para con el *Estado*, como *consecuencia* de la relación de empleo, la competencia para hacerlo les corresponde, con exclusividad, a la Nación y a las provincias, en sus respectivas jurisdicciones o esferas. A la Nación le pertenece esa atribución en mérito a los artículos 86, incisos 1º y 10, y 67, inciso 28, de la Ley Suprema. A las provincias les corresponde esa atribución por tratarse, en la especie, de consecuencias de un contrato ‘*administrativo*’, propiamente dicho, materia ésta de derecho ‘*local*’, por no haber sido delegada por las provincias a la Nación y sí retenida por ellas (Constitución Nacional, artículos 104 y 105)”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

“El fundamento por el cual las provincias pueden regular la responsabilidad en el tema que trato, reside en la disposición constitucional que dispone que todo lo atinente a aquel derecho forma parte del poder no delegado por las Provincias a la Nación (art. 104, CN 1853/1860, hoy 121). La responsabilidad, derivada del ejercicio de la función pública forma parte de la disciplina del derecho administrativo que tiene carácter local y por lo tanto ello conlleva a la coexistencia de regímenes provinciales de responsabilidad estatal y de sus funcionarios, juntamente con el nacional.

Según el art. 122 (antes 105) de la Constitución, las provincias se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. En ese orden, numerosas disposiciones contenidas en las Constituciones provinciales regulan la responsabilidad del Estado y de sus agentes. Son además numerosas las normas en las cuales se determina la responsabilidad del gobierno local, por ejemplo, por los daños que generen comportamientos de sus funcionarios (así se encuentran normas en los respectivos estatutos que regulan la relación del empleo de las fuerzas de seguridad).

Estas regulaciones locales significan la asunción, por parte de las provincias, del ejercicio de sus facultades legislativas en materia de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, RDA-89, 2001.

²¹³ “Cuando el agente público le ocasiona un perjuicio al Estado, con motivo o a raíz del ejercicio de sus funciones, es decir, con motivo o a raíz de la relación de empleo, la responsabilidad del funcionario, en tal caso, no se rige en modo alguno por el artículo 1112 tantas veces citado. Esto es así porque la naturaleza jurídica de la relación de empleo público es ‘*contractual*’, en tanto que el artículo 1112 sólo contempla la responsabilidad aquiliana (extracontractual). De modo que la reparación de los daños que, en las condiciones indicadas, le ocasione el funcionario al Estado, no se rige por el artículo 1112 del Código Civil (responsabilidad aquiliana), sino por los principios atinentes a la responsabilidad ‘*contractual*’ de derecho administrativo”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

disposiciones de la **responsabilidad contractual**²¹⁴. En consecuencia, esta responsabilidad queda regulada bajo el **Derecho público siendo competente la justicia contencioso-administrativa**²¹⁵. A causa de estas particularidades, algunos autores consideran que estamos ante una **responsabilidad patrimonial administrativa**²¹⁶.

Sin embargo, cuando el acto resulta ser ejercido **fuera del ámbito de ejercicio de sus funciones, se ha considerado que la responsabilidad frente**

²¹⁴ Esto implica que es aplicable el plazo de prescripción decenal para el ejercicio de la acción civil desde el incumplimiento contractual.

²¹⁵ “Con relación al Estado, a raíz de hechos o actos del funcionario vinculados a la relación de empleo, esa responsabilidad es de derecho ‘público’, reglada por el *derecho administrativo* [...] En cuanto a la responsabilidad de “*derecho público*”, para hacerla efectiva corresponde promover la acción ante los tribunales con jurisdicción en lo contencioso-administrativo”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*. En contra se ha sostenido que “El Senado de la Nación inició demanda por daños y perjuicios derivados de acciones u omisiones que comprometerían la responsabilidad de funcionarios públicos y de terceros ajenos a la administración, con base en los arts. 130 ley 24.156; arts. 512; 902; 1.072; 1.109 y 1.112 CCiv. La pretensión jurídica deducida se encuentra regida, prima facie, por principios y normas de derecho común, siendo, por lo tanto propia del conocimiento del fuero en lo civil y comercial federal. No resulta óbice la circunstancia de que entre algunos demandados y el Senado de la Nación hubiera existido una relación de empleo público, pues la acción intenta la reparación del daño producido por un accionar ilícito (conf. Corte Sup., Fallos 323:2733)”, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 5/2/2002, “Honorable Senado de la Nación v. Ballent, Héctor Mariano y otros s/ daños y perjuicios”.

²¹⁶ “[L]a responsabilidad patrimonial administrativa es la que surge de actos, hechos u omisiones de los agentes administrativos, cuando violen las normas que rigen la función y que lesionan los intereses del Estado”, CASSAGNE, Juan Carlos, *La responsabilidad de los agentes públicos*.

al Estado en este supuesto es **extracontractual**²¹⁷ y queda regulada bajo las normas de los arts. 1073 a 1123 del **Código Civil**²¹⁸.

Creemos que los hechos de corrupción dañosos realizados por un funcionario público quedan comprendidos en el primer supuesto – responsabilidad contractual-, ya que son realizados en virtud del ejercicio de una función pública. La persona que desempeña la función pública jamás podría realizar esos hechos sino estuviera ejerciendo una función en la Administración Pública.

Debe agregarse que **las normas regulatorias de la función pública nacional establecen ciertos deberes y prohibiciones que son incumplidos por los funcionarios públicos que cometen hechos de corrupción**²¹⁹. De

²¹⁷ “[S]i el daño lo ha sufrido éste en una esfera distinta a aquella en que actúa normalmente el funcionario como consecuencia de la relación de función o de empleo públicos. El contrato de empleo público sólo tiene vigencia en el ámbito de la función otorgada al agente: fuera de ese ámbito no hay contrato”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

“En cuanto a si corresponde también esta responsabilidad del funcionario público impuesta en el artículo 1112, frente al Estado, nos parece que dicha norma no regula la relación de tipo contractual que existe entre el Estado y sus funcionarios o empleados”, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit.

²¹⁸ En materia de delitos, se aplicarán las normas de los arts. 1073 a 1095 del Código Civil, mientras la comisión de un cuasidelito queda comprendida bajo la norma del art. 1109 del mismo cuerpo normativo.

“Si se tratare de la responsabilidad de un funcionario público hacia el Estado, *fuera* o al *margen* de la relación de empleo —es decir, con prescindencia de ésta—, la situación del Estado, en este caso, es la misma que la de cualquier particular o tercero. Por tanto, la regulación de *esa* responsabilidad de un funcionario hacia el Estado, como así la regulación de la responsabilidad civil de *toda* la actividad de los funcionarios públicos hacia terceros, es decir hacia los particulares o administrados, le compete exclusivamente a la Nación, porque ello importa reglar conductas o comportamientos ‘*interindividuales*’, materia propia de la legislación civil sustantiva. Es por esto que el artículo 1112 del Código Civil es constitucionalmente correcto: regular relaciones interindividuales entre la persona funcionario y los terceros, considerados estos en el sentido amplio a que me he referido: la Administración Pública, técnicamente, no está en juego”, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*.

²¹⁹ La ley 25.164 dispone en el art. 23 que “Los agentes tienen los siguientes deberes, sin perjuicio de los que en función de las particularidades de la actividad desempeñada, se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo: [...] b) Observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colaboración, respeto y cortesía en sus relaciones con el público y con el resto del personal [...] d) Respetar y hacer cumplir, dentro del marco de

modo que si habría claramente un **incumplimiento contractual** del funcionario público, que genera la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, a menos que haya dispositivos específicos en el Derecho administrativo.

En consecuencia, el **tiempo de prescripción desde la comisión del ilícito es de 10 años por aplicación del art. 4023 del Código Civil**, antes citado.

11. Responsabilidad patrimonial administrativa

Se exigen similares presupuestos a los antes detallados en el punto 3.

competencia de su función, el sistema jurídico vigente [...] g) Declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores con los alcances que determine la reglamentación”. En el art. 24 se establece que “El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de las que en función de las particularidades de la actividad desempeñada se establezcan en las convenciones colectivas de trabajo: [...] c) Recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la administración en orden nacional, provincial o municipal. d) Mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el ministerio, dependencia o entidad en el que se encuentre prestando servicios. e) Valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a sus funciones para fines ajenos a dicha función o para realizar proselitismo o acción política. f) Aceptar dádivas, obsequios u otros beneficios u obtener ventajas de cualquier índole con motivo u ocasión del desempeño de sus funciones [...] i)Hacer uso indebido o con fines particulares del patrimonio estatal.

Similares previsiones se encontraban en la ley 22.140, que disponía en el art. 27 que “El personal tiene los siguientes deberes, sin perjuicio de los que particularmente establezcan otras normas: [...] f) declarar bajo juramento su situación patrimonial y modificaciones ulteriores con los alcances que determine la reglamentación; [...] l) encuadrarse en las disposiciones legales y reglamentarias sobre incompatibilidad y acumulación de cargos”. Por su parte, el art. 28 establecía que “El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan otras normas: [...] c) recibir directa o indirectamente beneficios originados en contratos, concesiones o franquicias que celebre u otorgue la Administración en el orden nacional, provincial o municipal; d) mantener vinculaciones que le signifiquen beneficios u obligaciones con entidades directamente fiscalizadas por el Ministerio, dependencia o entidad en la que se encuentre prestando servicios; [...] f) recibir dádivas, obsequios u otras ventajas con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones”.

En consecuencia, es necesario acreditar **la antijuridicidad en la conducta²²⁰, la imputación subjetiva al agente público²²¹, el daño²²² y la relación de causalidad adecuada²²³.**

²²⁰ “[E]l incumplimiento de los deberes es un presupuesto de la responsabilidad administrativa. Por ello, la antijuridicidad del obrar del agente es una condición necesaria en el supuesto que analizo”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, ob. cit.

²²¹ “El reproche en el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones del agente debe tener base en un comportamiento subjetivo: culposo, doloso o malicioso. Respecto de la culpa cabe remitirse a los arts. 511, 512 y 520 del CCiv. En relación al dolo, lo encontramos, a contrario sensu, en los arts. 507 y 520. Ambos se hallan abarcados en el precepto del 1198 -los contratos deben ejecutarse de buena fe-. A la malicia se refiere el 521 del Cciv”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, ob. cit.

²²² “La cuestión es bien conocida: ‘Sans préjudice, pas de responsabilité’, esto es, sin daño no hay responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y tampoco de sus agentes. Y es que no podía ser de otra forma ya que, como bien se ha dicho, ‘su exigencia -la exigencia del daño- está ligada a lo que esta responsabilidad es: una responsabilidad reparadora, y no sancionadora... el daño es la medida de la reparación a otorgar’. El daño es, pues, una condición ‘indispensable’ de la responsabilidad.

Sin daño alguno nada hay que reparar, por lo que aquél es una condición o elemento esencial de todo régimen de responsabilidad patrimonial; daño que, como regla, el demandante -en este caso, el Estado- debe probar tanto en su existencia como en su consistencia. ‘En un proceso de responsabilidad, la víctima es por definición toda persona que ha sufrido un daño; sin perjuicio, no hay responsabilidad’, porque ‘es este perjuicio el que constituye para la víctima la acreencia de la cual es responsable el deudor’; de allí que el daño o perjuicio sea una ‘condición necesaria de la responsabilidad’. En definitiva, en todo caso de responsabilidad administrativa reparadora de lo que se trata es de obtener una reparación, lo cual supone necesariamente que exista un daño que reparar. El daño es el elemento que da interés al acreedor para ejercer la acción de responsabilidad”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, ob. cit.

“[L]o que es ‘invariable’ en el daño, esto es, su condición ‘común’ a los distintos regímenes de responsabilidad-reparadora. En síntesis, las características comunes son: por un lado, el daño, que debe ser cierto y personal (características de existencia); por otro lado, debe ser resarcible (característica de reparabilidad y antijuridicidad)”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, ob. cit.

²²³ “El daño es el resultado de un comportamiento antijurídico e imputable. Como consecuencia, suele decirse que los daños deben ser directos, pero ello no nos pone en contacto con un carácter propio de los daños sino con el problema de la relación de causalidad”, HUTCHINSON, *Breves consideraciones acerca de la responsabilidad administrativa patrimonial del agente público*, ob. cit.

11.1 Procedimiento administrativo

El procedimiento para efectivizar esta responsabilidad es **administrativo** y está reglado por el **decreto nacional 1154/1997** siendo la autoridad de contralor la **SIGEN**²²⁴.

Dependiendo de los hechos, se faculta a la autoridad²²⁵ a realizar una **investigación previa a través de una información sumaria**²²⁶ o un **sumario de**

²²⁴ El decreto nacional 1154/1997 establece en su art. 1 que “La determinación de la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos, y la intervención que en ella le cabe a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, se ajustará al procedimiento que se establece en el presente, sin perjuicio de las demás normas de aplicación”.

²²⁵ De acuerdo al decreto 467/1999, las instrucción de los sumarios recae en la oficina de sumarios de cada área y en ciertos supuestos en la Procuración del Tesoro de la Nación. Art. 6 “La sustanciación de las informaciones sumarias y los sumarios se efectuará en la oficina de sumarios del área respectiva, y estará a cargo de funcionarios letrados de planta permanente”. Art. 7 “La Procuración del Tesoro de la Nación será competente en la sustanciación de las informaciones sumarias y sumarios que tiendan a esclarecer hechos, actos u omisiones que se produzcan en su jurisdicción; las que sean ordenadas por el Poder Ejecutivo Nacional, y los sumarios cuando se trate de agentes que revisten en el nivel A o B del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa o equivalentes y ejerzan un cargo con funciones ejecutivas en cualquiera de sus niveles, de acuerdo con los sistemas de selección implementados para la cobertura de los mismos”.

La información sumaria puede ser ordenada, según el art. 34 del decreto 467/1999, por “Los jefes de unidades orgánicas no inferiores a departamento o jerarquía similar o superior [...] en los siguientes casos:

- a) Cuando sea necesaria una investigación para comprobar la existencia de hechos que pudieran dar lugar a la instrucción de sumario.
- b) Cuando correspondiere instruir sumario y no fuere posible iniciarlo con la premura que demandaren las circunstancias...”

Por su parte, los sumarios, según el art. 44 del decreto 467/1999 por la “autoridad de jerarquía no inferior a Subsecretario. En los organismos jurídicamente descentralizados, será dispuesta por la autoridad superior o por aquella en la que ésta delegue esa facultad. En todos los casos se requerirá dictamen previo del servicio jurídico permanente”.

La autoridad que ordena el sumario es la encargada luego de decidir sobre la base de la información producida en el procedimiento administrativo.

²²⁶ “La información sumaria es un procedimiento que permite aclarar, en un plazo breve pero simplemente ordenatorio, si los hechos ocurridos –denunciados o advertidos– ameritan, desde el punto de vista disciplinario, entidad suficiente para promover un sumario disciplinario (conf. Dict. 231:46)”, *Dictámenes*, 241:449

“De resultar necesaria una investigación previa ésta se sustanciará como información sumaria o sumario de acuerdo al Reglamento de Investigaciones aprobado por Decreto N° 1798/80, pero con las particularidades de la finalidad de aquélla, que consiste en reunir datos, información, documentación y elementos de convicción que permitan respaldar el

acuerdo a las normas del Reglamento de Investigaciones Administrativas²²⁷. Deberá aplicarse un procedimiento especial, cuando la investigación recaiga sobre alguna de las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades dependientes del PEN. Este procedimiento será determinado por la autoridad que ejerce control jerárquico o de tutela interviniendo previamente el servicio jurídico²²⁸.

Una vez determinada la responsabilidad –presupuestos- y cuantificado el monto del perjuicio²²⁹, **el jefe del servicio jurídico intima fehacientemente al responsable para que en 10 días hábiles administrativo indemnice al Estado Nacional²³⁰. De modo que el procedimiento es de oficio y no es contradictorio.**

En caso que no se obtenga el pago, **se realizará la acción judicial²³¹**, a menos que la autoridad máxima competente se oponga por considerarlo

inicio de la acción judicial para poder hacer efectiva la responsabilidad patrimonial y es en dicha sede donde se decidirá si la persona es o no es responsable”, *Dictámenes*, 241, 449.

²²⁷ El art. 2 del decreto 1154/1997 dispone que “Cuando para determinar la responsabilidad se exija una investigación previa, esta se sustanciará como información sumaria o sumario, de acuerdo al Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 1798 del 1° de septiembre de 1980, o el que lo sustituya”.

²²⁸ El art. 2 del decreto 1154/1997 dispone que “En caso de hallarse involucradas las máximas autoridades de las jurisdicciones o entidades dependientes del Poder Ejecutivo Nacional, la autoridad que ejerza sobre ellas el control jerárquico o de tutela deberá determinar el procedimiento a seguir conforme a derecho y previa intervención del servicio jurídico que corresponda”.

²²⁹ Este monto debe incluir los intereses. Téngase en cuenta al art. 5 del decreto 1154/1997 cuando establece que “En la determinación del resarcimiento a perseguir se incluirá, además del perjuicio debidamente valorizado, el interés pertinente por el lapso transcurrido desde que se verificó el daño hasta su cobro. De concederse facilidades de pago, deberá computarse también el interés por la financiación”.

²³⁰ El art. 3 del decreto 1154/1997 dispone que “Determinada la responsabilidad y el monto del perjuicio, el jefe del servicio jurídico respectivo intimará en forma fehaciente al responsable al pago de la deuda en el término de DIEZ (10) días hábiles administrativos. Si se desconociera su paradero, se efectuarán consultas a los organismos públicos pertinentes para su localización”.

²³¹ “Si la responsabilidad es patrimonial, a partir del dictado de la Ley N° 24.156, es preciso ejercitar una acción judicial cuyo objeto será una pretensión resarcitoria (Ley N° 24.156, arts. 130 y 131)”, *Dictámenes*, 241, 449.

antieconómico²³², previo dictamen del servicio jurídico²³³ y valorando las pautas establecidas por la SIGEN²³⁴.

Debe agregarse que el procedimiento disciplinario regulado por el decreto 467/1999 permite que la decisión administrativa definitiva establezca el perjuicio fiscal²³⁵ y autorice a los agentes competentes a promover las acciones judiciales, si fracasa la vía administrativa y no resulta ser antieconómico²³⁶.

²³² La resolución 192/02 de la SIGEN establece en el art. 1 que “Fíjase como pauta de antieconomicidad, en los términos del artículo 4° del Decreto N° 1154/97, el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel "A" del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por Decreto N° 993/91, y sus modificatorios o el que lo reemplazare en el futuro, o bien de aquel monto mayor respecto del cual se demuestre fundada, precisa y concretamente que la relación costo-beneficio resulte negativa. En este último supuesto la decisión adoptada por la máxima autoridad de la jurisdicción o entidad deberá contar con la previa opinión del Servicio Administrativo Financiero”.

²³³ “La Resolución N° 67/94 de la Sindicatura General de la Nación ha establecido el procedimiento a seguir cuando la autoridad superior de cada jurisdicción tuviera conocimiento de una hecho, acto u omisión o procedimiento que hubiere causado perjuicio patrimonial. En ese caso se deberá solicitar del servicio jurídico permanente dictamen para que: a) determine la existencia de responsabilidad por parte del personal interviniente; b) determine la existencia de daño económico y estime su monto; c) aconseje el procedimiento a seguir y d) informe sobre la fecha de prescripción de la acción para lograr en tiempo oportuno el resarcimiento”, *Dictámenes*, 241, 449.

²³⁴ El art. 4 del decreto 1154/1997 dispone que “Fracasada la gestión de cobro en sede administrativa se promoverá la acción judicial correspondiente, salvo que la máxima autoridad con competencia para decidir lo estime inconveniente por resultar antieconómico, previo dictamen fundado del respectivo servicio jurídico y teniendo en cuenta las pautas que al respecto establezca la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION. Todo ello, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias y acciones penales que correspondan”.

²³⁵ “El instructor debe reunir los elementos que le permitan emitir, en el informe previsto por el artículo 108 del Reglamento de Investigaciones Administrativas aprobado por Decreto N° 467/99, la opinión y mención de aquellos elementos que puedan configurar la existencia de un presunto perjuicio fiscal”, *Dictámenes*, 238, 274.

²³⁶ El art. 122 del decreto nacional 467/1999 dispone que “Recibidas las actuaciones o, en su caso, producida la audiencia oral y pública, y previo dictamen del servicio jurídico permanente, la autoridad competente dictará resolución.

Esta deberá declarar: a) La exención de responsabilidad del o de los sumariados. b) La existencia de responsabilidad del o de los sumariados y la aplicación de las pertinentes sanciones disciplinarias. c) La no individualización de responsable alguno. d) Que los hechos investigados no constituyen irregularidad. e) En su caso, la existencia de perjuicio fiscal y la pertinente autorización al servicio jurídico respectivo para la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio recién se llevará a cabo cuando se haya

En relación con la acción penal, **este procedimiento se suspende a los tres meses de sustanciación cuando se inicia el proceso penal²³⁷, pero no podría declararse la exención de responsabilidad.** De todos modos, si la acción penal no es ejercida, este procedimiento puede ser realizado y determinar la responsabilidad patrimonial²³⁸.

- Posibilidad de introducir un procedimiento administrativo contradictorio con decisión ejecutable y recurso ante el Poder Judicial.
- Ampliar este procedimiento para las personas físicas y jurídicas que realizan contratos con el Estado.
- No suspensión del procedimiento administrativo mientras tramite el penal.

Caso Colombia

1. Regulación de la Extinción de Dominio

intentado previamente su cobro en sede administrativa con resultado infructuoso y en la medida que no resulte antieconómico, todo ello en los términos del Decreto 1154/97”.

²³⁷ En el art. 38 del decreto 1421 se dispone que “En caso de que existiere causa penal en curso, los sumarios quedarán suspendidos al cumplirse el tercer mes de su sustanciación hasta la resolución de la causa penal...”. Complementariamente, en el art. 130 del decreto 467/1999 se dispone que “Si el trámite debiera suspenderse por estar pendiente la causa penal, el instructor informará de ello a su superior, quedando desafectado del mismo hasta su reapertura. No obstante, deberá requerir informes periódicos a efectos de conocer la situación procesal del sumariado.

Dicho lapso no operará a los efectos de la prescripción y quedarán suspendidos todos los términos fijados en el presente reglamento”.

²³⁸ Por aplicación del art. 131 del decreto 467/1999 que dispone que “La sustanciación de los sumarios administrativos y la aplicación de las sanciones pertinentes, tendrán lugar con prescindencia de que los hechos que las originen constituyan delito.

1.1 Conceptos

1.1.1 Extinción del dominio

1.1.2 Bienes

1.2 Medida de Extinción

1.2.1 Extensión

1.2.2 Modo

1.2.3 Causales

1.2.3.1 El enriquecimiento injustificado

1.2.3.2 El resultado de las actividades ilícitas

1.2.3.3 Los instrumentos

1.2.3.4 El objeto del delito

1.2.3.5 Los bienes derivados

1.2.3.6 Los bienes afectados en un proceso penal

1.2.3.7 Los Bienes encubridores

1.2.3.7.1 Excepciones

1.2.3.8 El valor de los bienes

1.2.3.9 Bienes del causante

1.2.4 Delitos vinculados

1.2.4.1 El delito de enriquecimiento ilícito

1.2.4.2 Delito en perjuicio del Tesoro

1.2.4.3 Delito que provocan gran deterioro moral

1.2.5 Ambito temporal

1.2.6 El límite del tercero de buena fe

1.3 Regulación de la acción de Extinción de Dominio

1.3.1 Autonomía. Normativa aplicable

1.3.2 Principios aplicados

1.3.2.1 Principio de celeridad

1.3.2.2 Principio de Debido proceso

1.3.2.2.1 Defensa de los derechos

- 1.3.3 Titular de la acción**
- 1.3.4 Deber de información**
- 1.3.5 Competencia**
- 1.3.6 Fases del Procedimiento**
 - 1.3.6.1 Fase Inicial**
 - 1.3.6.1.1 Medidas cautelares**
 - 1.3.6.2 Resolución de sustanciación**
 - 1.3.6.3 Medidas de pruebas**
 - 1.3.6.4 Resolución de procedencia**
 - 1.3.6.5 Impugnaciones**
 - 1.3.6.6 Sentencia judicial**
 - 1.3.6.7 Recursos**
 - 1.3.6.8 Consulta**
- 1.3.7 Recompensa al denunciante**
- 1.3.8 Proceso en rebeldía**
- 1.3.9 Disposición definitiva de los bienes**
 - 1.3.9.1 Autofinanciamiento**

2 Cooperación Internacional

- 2.1 Solicitudes desde Colombia**
- 2.2 Aporte de información de los organismos internacionales**
- 2.3 Solicitudes a Colombia**

3. Órganos responsables del recupero de activos

- 3.1 Contraloría General de la República**
- 3.2 Fiscalía General de la Nación**
- 3.3 Procuraduría General de la Nación –Ministerio Público–**
 - 3.3.1 Convenio de Coordinación**
- 3.4 Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción**
- 3.5 Policía**

Caso Colombia

1. Regulación de la Extinción de Dominio

Se ha regulado expresamente, a través de la **ley 793/2002**²³⁹, el instituto de la extinción del dominio. Debe señalarse que el texto de la Constitución Política de Colombia en su art. 34 ya dispone que

*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*²⁴⁰

1.1 Conceptos

La ley, expresamente, define el concepto de extinción de dominio y de bienes.

1.1.1 Extinción del dominio

La ley 793 define en su artículo 1 el concepto del instituto de la extinción al disponer que

La extinción de dominio es la pérdida de este derecho a favor del Estado, sin contra prestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

²³⁹ La ley rige desde el 27 de diciembre de 2002. Esta ley tiene su origen en el decreto 1975 del 3 de septiembre del 2002 por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción del dominio.

²⁴⁰ “Es una acción constitucional porque no ha sido concebida ni por la legislación ni por la administración, sino que, al igual que otras como la acción de tutela, la acción de cumplimiento o las acciones populares, ha sido consagrada por el poder constituyente originario como primer nivel de juridicidad de nuestro sistema democrático”, Sentencia C-740/03

Los elementos de este concepto son

- **La pérdida del derecho de dominio –derecho real-**
- **A favor del Estado.**
- **Sin contraprestación, ni compensación.**

Se puede considerar que este instituto es una declaración de ilegitimidad del título del derecho de propiedad **careciendo así de función punitiva**²⁴¹, ya que no opera contra un derecho, sino que **reconoce la invalidez de un derecho pretendido sobre un bien**. Debemos tener en cuenta que opera cuando se produce la adquisición²⁴² o el uso de los bienes en contrariedad al ordenamiento jurídico afectando la función social que debe tener el derecho de propiedad privada según la Constitución Política de Colombia.

²⁴¹ “Es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público”, Sentencia C-740/03.

²⁴² En la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que “‘Dentro de esa concepción, la extinción del dominio no es otra cosa que la pérdida del derecho a partir de su no ejercicio, con sacrificio del interés individual y del colectivo, o de su ejercicio inconstitucional, por arbitraria y egoísta’. Esta forma de extinción de dominio operaba desde antes y a pesar de no estar expresamente consagrada en la Constitución de 1886 [...] Los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda.

Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado [...]

Es una acción pública porque 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”. **Sentencia C-740/03.**

²⁴² “La propiedad protegida por el ordenamiento jurídico es aquella que se adquirió por los cauces permitidos por la Constitución.

La acción de extinción de dominio no vulnera el derecho a la propiedad sino que desvirtúa la titularidad aparente de tal derecho”, Procurador General, Sentencia C-1096/03

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que

i. La extinción de dominio es acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio, independientemente de que tal ilegitimidad genere o no un juicio de responsabilidad penal.

i. A ella no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena por no tratarse de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado²⁴³.

En consecuencia, al carecer de función punitiva **no resulta aplicables las garantías constitucionales propias del derecho sancionador –por ejemplo, no puede ser alegada la garantía de *ne bis in idem* cuando se produjo ya el proceso penal-. Además, no surgen problemas de litispendencia,**

1.1.2 Bienes

Se define en el art. 3 de la ley colombiana que

Para los efectos de la presente ley se entenderá por bienes sujetos a extinción del dominio, todos los que sean susceptibles de valoración económica, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, o aquellos sobre los cuales pueda recaer derecho de propiedad. Igualmente, se entenderá por tales todos los frutos y rendimientos de los mismos.

En consecuencia, **el concepto de bien es sumamente amplio** abarcando todo sobre lo cual pueda recaer de algún modo el derecho de propiedad. Se aclara expresamente que se comprende a los frutos y rendimientos.

De este modo se trata de evitar que una interpretación estricta del concepto de bien impida que se pueda realizar la acción de extinción de dominio.

1.2 Medida de Extinción

A continuación se describirán distintos aspectos sustanciales respecto de la medida de extinción de dominio

²⁴³ Sentencia C-1096/03

1.2.1 Extensión

Se establece en el art. 18, al regularse la sentencia de la acción de extinción de dominio, que se

declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquiera otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado

De modo que la medida de extinción es de gran amplitud abarcando tanto los **bienes principales como los accesorios, sus desmembraciones, gravámenes y cualquier otra limitación al derecho de propiedad sobre el bien que fue objeto de la medida**. En consecuencia, todo derecho o interés jurídico que exista sobre el bien se declarará extinguido²⁴⁴, el bien será entregado al Estado sin ningún tipo de limitaciones, siendo su derecho de carácter absoluto.

1.2.2 Modo

Se ha dispuesto en el artículo 2 de la normativa colombiana que

Se declarará extinguido el dominio mediante sentencia judicial

De este modo, la extinción del dominio necesariamente requiere de una **declaración de la autoridad judicial para ser efectiva jurídicamente**. Debe tenerse en cuenta que la Constitución Política de Colombia establece en su art. 34 que “por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes

²⁴⁴ En todo caso, se ha admitido que los acreedores que son de buena fe exentos de culpa, deben ser indemnizados. Artículo 18, “Si en la sentencia se reconocieren los derechos de un acreedor prendario o hipotecario de buena fe exenta de culpa, la Dirección Nacional de Estupefacientes, directamente o por conducto de la Fiduciaria, procederá a su venta o subasta, y pagará el crédito en los términos que en la sentencia se indique”.

adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”²⁴⁵.

1.2.3 Causales

El artículo 2 de la legislación de Colombia enumera los bienes que pueden ser objeto de la medida, estableciendo que corresponde la declaración de extinción del dominio cuando

1. *Cuando exista incremento patrimonial injustificado, en cualquier tiempo, sin que se explique el origen lícito del mismo.*
2. *El bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita.*
3. *Los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, sean destinadas a éstas, o correspondan al objeto del delito.*
4. *Los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito.*
5. *Los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.*
6. *Los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente numeral, exclusivamente, los casos de títulos que se negocian en centrales de depósito de valores, debidamente acreditadas ante la autoridad competente, siempre y cuando los intermediarios que actúen en ellas, cumplan con las obligaciones de informar operaciones sospechosas en materia de lavado de activos, de conformidad con las normas vigentes.*
7. *Cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso.*

1.2.3.1 El enriquecimiento injustificado

El primer supuesto es el **enriquecimiento injustificado para lo cual se requiere que el individuo acreciente su patrimonio y no justifique**

²⁴⁵ “Es una acción judicial porque, dado que a través de su ejercicio se desvirtúa la legitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de extinción del dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción”, Sentencia C-740/03

debidamente el origen lícito. Es decir que ante el incumplimiento del deber de justificar el enriquecimiento con la documentación exigible es aplicable la extinción del dominio respecto de los bienes no justificados.

Se exigen, por lo tanto, dos elementos

- **Acrecentamiento del patrimonio**
- **El individuo beneficiado no lo justifica debidamente.**

También procede este supuesto contra un bien perseguido en el proceso de extinción de dominio cuando no se ha podido justificar su procedencia. De este modo, no es necesario que el individuo acreciente de modo significativo su patrimonio, sino **que bastará que se inicie un proceso en que se cuestione el origen de un bien y el individuo no acredite debidamente su causa; a pesar que el Estado no pueda probar su vinculación con una actividad ilícita.**

Este inciso fue declarado exigible por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-740-03](#) de 26 de agosto de 2003 (Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño) salvo por la referencia a “ilícito” que debe entenderse como no existente²⁴⁶.

1.2.3.2 El resultado de las actividades ilícitas

²⁴⁶ “De acuerdo con esta causal, la extinción de dominio procede cuando en cualquier circunstancia no se justifique el origen ilícito del bien perseguido en el proceso.

Este numeral se refiere a un bien concreto que es objeto de persecución en un proceso, decisión que puede tomar el legislador al desarrollar el artículo 34 constitucional. No obstante, al indicar la norma que hay lugar a la extinción de dominio cuando “no se justifique el origen *ilícito* del bien perseguido en el proceso”, se está haciendo una exigencia que resulta contraria a ese precepto superior pues la ilicitud del bien da lugar a la extinción de dominio. Además, la ilicitud del bien no puede justificarse pues si esto ocurre, lo que se hace es acreditar el origen lícito del bien y en tales condiciones no habría lugar a extinguir su dominio en favor del Estado.

Por este motivo, la Corte declarará exequible el numeral 7) del artículo 2º de la Ley 793 de 2002, excepto la expresión “*ilícito*”, que se declarará inexecutable”, Sentencia C-740/03.

El segundo de los supuestos procede cuando se determina que los bienes **proceden directa o indirectamente de actividades ilícitas**²⁴⁷. Es decir, cuando sean resultados directos de la actividad ilícita o hayan sido obtenidos por una actividad ilícita. Sólo se exige que se acredite una **relación de causalidad** entre la actividad ilícita –que debe haberse comprobado su existencia- y los bienes.

Se asimila a la acción *ir rem* de Estados Unidos, no importando en demasía la conducta del sujeto afectado.

1.2.3.3 Los instrumentos

El tercero de los supuestos abarca a **los instrumentos utilizados para cometer las actividades ilícitas –medios-**, lo cual requerirá haber acreditado que efectivamente se usó dicho bien en la comisión del hecho ilícito²⁴⁸.

Así también, se prevé que la extinción recae sobre los **bienes destinados a las actividades ilícitas, por consiguiente se pretende abarcar a los bienes**

²⁴⁷ “Dos observaciones debe realizar la Corte en relación con este numeral. Por una parte, un bien proviene directamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia inmediata del ejercicio de la actividad proscrita por el constituyente como modo de adquisición del dominio. Y, por otra, un bien proviene indirectamente de una actividad ilícita cuando su adquisición es consecuencia mediata del ejercicio de esa actividad. En este último caso, la acción recae sobre los bienes obtenidos con otros obtenidos directamente por el ejercicio de esa actividad o con su producto”, Sentencia C-740/03.

²⁴⁸ Se ha criticado este supuesto, porque no está previsto en la Constitución Política expresamente. Ante estas objeciones, la Corte Constitucional sostuvo que “[f]rente a esta causal podría argumentarse, como lo hace el Procurador General de la Nación, que se trata de una disposición inexecutable en cuanto amplía la procedencia de la extinción de dominio a supuestos no previstos por el constituyente. No obstante, lo que hace la citada expresión es dar lugar a la extinción de dominio pero no con base en el artículo 34 de la Carta sino con base en el incumplimiento de la función social y ecológica que a la propiedad le impone el artículo 58”, Sentencia C-740/03.

El art. 58 dispone que “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”.

que si bien no fueron utilizados efectivamente, estaban destinados a ser utilizados por su propia naturaleza o por el plan del autor del hecho ilícito.

1.2.3.4 El objeto

Asimismo, se enumera entre los bienes que deben ser declarados extinguidos a los que se corresponden con el **objeto del delito, es decir, sobre el ente material que recae la conducta delictiva**. Esta causal es aplicable “a figuras como el lavado de activos y el testaferrato, en los que la conducta del autor se concreta sobre bienes a los cuales se les quiere dar apariencia de legalidad”²⁴⁹.

1.2.3.5 Bienes derivados

Así, también, se contempla el supuesto de los bienes derivados de la **enajenación o permuta de los descriptos en los puntos 1.2.3.2, 1.2.3.3 y 1.2.3.4**. Por lo tanto, la acción se traslada a los bienes derivados, que son el **fruto** de los bienes cuyo dominio resulta extinguidos.

1.2.3.6 Bienes afectados en un proceso penal

Se prevé que la medida de extinción también puede tener como objeto a los **bienes afectados –incautados- en un proceso penal, sin haberse determinado que son bienes pertenecientes a las categorías descriptas en los puntos 1.2.3.2, 1.2.3.3**

Es necesario que no haya decisión judicial definitiva sobre estos bienes en el proceso penal iniciado.

1.2.3.7 Bienes encubridores

Otros de los tipos de bienes que pueden ser objeto de esta medida son los que **pese a su procedencia lícita son utilizados o están destinado a ser**

utilizados –por su naturaleza o por la intención del agente- a ocultar o a mezclar los bienes obtenidos ilícitamente para encubrirlos²⁵⁰.

Es decir, que para que se proceda sobre estos bienes, primero debemos acreditar que existen bienes de procedencia ilícita (debemos aclarar que no resulta aplicable al supuesto descrito en el punto 1.2.3.1, ya que los bienes son injustificados, no ilícitos, a nuestro juicio).

Luego, debemos probar que sean utilizados o están destinados a utilizarse otros bienes para mezclarlos u ocultar estos bienes ilícitos.

Creemos redundante la expresión de “procedencia lícita” en el caso de los bienes destinados a encubrir a los bienes ilícitos, porque poco importa su procedencia, ya resulta extinguido su dominio por ser utilizados en actos de encubrimiento.

1.2.3.7.1 Excepciones

La propia normativa prevé como excepción de este supuesto a los títulos de valor con el fin de no entorpecer el mercado de acciones.

Pero, a su vez, establece que cuando los intermediarios que actúan en las centrales de depósito de valores no cumplen con el deber de denunciar las transacciones sospechosas, se produce la extinción. Es decir que la persona que trataría de lavar por estos medios los bienes obtenidos parcialmente por las actividades ilícitas podrá ser detectado por la efectiva denuncia del intermediario; y en el caso, que éste no lo haga, podrá proceder *per se* la medida de extinción por incumplir con el deber de denunciar la transacción sospechosa.

²⁴⁹ ESPITÍA GARZÓN, Fabio, *La extinción del derecho de dominio*, ps. 48 y 49.

²⁵⁰ “[U]n supuesto en el que hay lugar a la extinción de dominio no en razón del origen ilegítimo de los bienes, sino en virtud del incumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad. Quien de manera lícita ha accedido al dominio de unos bienes pero no los destina a la generación de riqueza nacional, ni a la preservación del medio ambiente, sino a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia, incumple la función impuesta por el constituyente a la propiedad e incurre en un comportamiento que puede dar lugar a la extinción de ese dominio”, Sentencia C-740/03.

De este modo, se trata de evitar que se recurra, sin ningún tipo de límites, a la adquisición de acciones utilizando dinero proveniente de actividades ilícitas a fin de dificultar su rastreo.

Obviamente para implementar esta disposición jurídica, la autoridad de contralor deberá fijar adecuadamente el concepto de transacción sospechosa para que no se filtren operaciones de lavado –incluyendo, por ejemplo, pequeñas operaciones reiteradas en el tiempo- y deberá monitorear el cumplimiento de este deber a cargo de los intermediarios.

1.2.3.8 Valor de los bienes

Complementando estas disposiciones, en el art. 3 se ha establecido que

Quando no resultare posible ubicar, o extinguir el dominio de los bienes determinados sobre los cuales verse la extinción del dominio, al momento de la sentencia, podrá el Juez declarar extinguido el dominio sobre bienes o valores equivalentes del mismo titular.

De modo que cuando no sea posible hallar los bienes antes mencionados o no pueda ser extinguido por afectar a terceros de buena fe, la acción se dirige **contra otros bienes del titular. Es decir, que en primer lugar se dirige contra ciertos bienes –acción real-, en el caso de corresponder la medida extintiva, pero si no puede ser aplicada, se convierte en una acción personal contra el titular de los bienes pudiendo ser efectivizado sobre otros bienes de su patrimonio de igual valor**²⁵¹. Esta imposibilidad de aplicación puede ser causada por diversos hechos como su destrucción, consumo, desaparición o transferencia a tercero de buena fe²⁵².

²⁵¹ “Debe tenerse en cuenta que, quien adquiere un bien con el producto de una actividad ilícita, intentará deshacerse de él enajenándolo o permutándolo, por cuya transacción recibirá un bien o recurso equivalente. En tales casos, aunque el bien salió de su dominio, lo recibido por dicha transacción puede ser objeto de extinción de dominio, dado que ningún amparo constitucional puede tener el provecho o ventaja obtenido de una actividad dolosa”, Sentencia C-740/03.

²⁵² Estos supuestos fueron alegados por el Ministro de Justicia y de Interior en la sentencia de la Corte Constitucional C-1065/03.

1.2.3.9 Bienes del causante

El art. 4 dispone la viabilidad de la medida contra los bienes que han sido transmitidos mortis causae a través de una sucesión universal. En este sentido se dispuso que

Procederá la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando dichos bienes correspondan a cualquiera de los eventos previsto en el artículo 2°

De modo que el fallecimiento del titular no impide la aplicación de la medida de extinción afectando a los herederos.

1.2.4 Delitos vinculados

En los supuestos descritos en el punto antecedente, se requiere que los bienes que son objeto de las medidas de extinción estén vinculados por ser medio, resultado o mecanismo de encubrimiento de determinadas actividades ilícitas. Por lo tanto, se ha aplicado un **criterio de oportunidad legislativo** para limitar el accionar estatal destinado a extinguir el dominio, dirigiéndolo sólo contra determinadas actividades consideradas más gravosas.

Las actividades ilícitas enunciadas son

1. *El delito de enriquecimiento ilícito.*
2. *Las conductas cometidas, en perjuicio del Tesoro Público, y que correspondan a los delitos de peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, de contratos celebrados sin requisitos legales, emisión ilegal de moneda o de efectos o valores equiparados a moneda; ejercicio ilícito de actividades monopolísticas o de arbitrio rentístico; hurto sobre efectos y enseres destinados a seguridad y defensa nacionales; delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado; utilización indebida de información privilegiada; utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva.*
3. *Las que impliquen grave deterioro de la moral social. Para los fines de esta norma, se entiende que son actividades que causan deterioro a la moral social, las que atenten contra la salud pública, el orden económico y social, los recursos naturales y el medio ambiente, seguridad pública, administración*

*pública, el régimen constitucional y legal, el secuestro, secuestro extorsivo, extorsión y proxenetismo*²⁵³.

1.2.4.1 El delito de enriquecimiento ilícito

El primer supuesto es el enriquecimiento ilícito, regulado por el Código Penal colombiano en el art. 412. Al respecto, se establece que “El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años”.

De modo que todos los bienes que no son justificados quedan sujetos a la acción de extinción de dominio, independientemente de las sanciones penales que reciba el condenado.

1.2.4.2 Delitos en perjuicio del Tesoro

Se establece que la conducta **debe haber provocado cierto perjuicio al Tesoro Público y debe corresponder con ciertas figuras típicas.**

²⁵³ La Corte Constitucional dispone que “[e]s una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del Tesoro público o grave deterioro de la moral social”, Sentencia C-740/03.

Se establecen ciertos hechos de corrupción como el **peculado**²⁵⁴, que en el Código Penal colombiano comprende la apropiación o utilización en provecho propio o de un tercero por parte de un servidor público²⁵⁵ de los bienes públicos o su aplicación a destinos diferentes de los establecidos por el orden jurídico²⁵⁶.

²⁵⁴ Esta figura es definida en la Convención de la ONU contra la Corrupción en su art. 77 al disponer que “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

La Convención Inteamericana de la OEA dispone en su art. XI que “b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada [...]

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

²⁵⁵ La Constitución dice en su art. 123, “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. El Código Penal define en su art. 20, “Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el [artículo 338](#) de la Constitución Política”.

²⁵⁶ Artículo 397. Peculado por apropiación. “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de

También se incluyen figuras vinculadas con la contratación pública como el supuesto en que el servidor público persigue un interés propio o de un tercero en un contrato u operación pública²⁵⁷ o cuando éste celebra un contrato administrativo sin los requisitos legales o lo liquida sin verificar su cumplimiento efectivo²⁵⁸. Así también se incluyen **el uso de la información secreta, reservada o privilegiada** –que no sea objeto de conocimiento público- por parte del servidor público en provecho personal o de un tercero²⁵⁹.

derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”.

Artículo 398. Peculado por uso. “El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. “El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

²⁵⁷ Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos, “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

²⁵⁸ Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años”.

²⁵⁹ Artículo 419. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva, “El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor”.

Artículo 420. Utilización indebida de información oficial privilegiada, “El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de

También queda **comprendida la emisión ilegal de moneda y de efectos equiparables a moneda**²⁶⁰ por parte de servidores públicos o sujetos autorizados y el **ejercicio ilícito de una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico sin estar debidamente autorizada o utilizando modalidades no oficiales**²⁶¹.

Finalmente, se prevé la aplicación de la medida por el **hurto de efectos y enseres destinados a la seguridad y defensa nacional**²⁶² y otros delitos

cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público”.

Por su parte, el art. XI de la Convención Interamericana define a la figura comoa “a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada”.

²⁶⁰ Art. 276. Emisiones ilegales, “El servidor público o la persona facultada para emitir moneda que ordene, realice o permita emisión en cantidad mayor de la autorizada, haga o deje circular el excedente, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

Art. 278. Valores equiparados a moneda, “Para los efectos de los artículos anteriores, se equiparan a moneda los títulos de deuda pública, los bonos, pagarés, cédulas, cupones, acciones o valores emitidos por el Estado o por instituciones o entidades en que éste tenga parte”.

Art. 282. Emisión ilegal de efectos oficiales, “El servidor público o la persona facultada para emitir efectos oficiales que ordene, realice o permita emisión en cantidad mayor a la autorizada, haga o deje circular el excedente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término”.

²⁶¹ Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. “El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de éste”.

²⁶² Art. 239. Hurto, “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

contra la propiedad que afecten a bienes públicos –daño, usurpación de aguas-.

1.2.4.3 Delitos que provocan gran deterioro moral

Luego de la lista de figuras antes citadas, se hace referencia de manera genérica y con gran vaguedad a delitos que provocan “**grave deterioro moral**”. En este sentido ha entendido que comprenden delitos que afectan a **la moral social, a la salud pública²⁶³, al orden económico y social²⁶⁴, a los recursos naturales y el medio ambiente, a la seguridad pública²⁶⁵, administración pública²⁶⁶ - abarcando el resto de los hechos de corrupción-, el régimen constitucional y**

Art. 241. Circunstancias de agravación punitiva, “La pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad si la conducta se cometiere:

12. Sobre efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales”.

Art. 265. Daño en bien ajeno, “El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de uno (1) a dos (2) años de prisión y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Art. 266. Circunstancias de agravación punitiva. “La pena se aumentará hasta en una tercera parte, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

4. Sobre objetos de interés científico, histórico, asistencial, educativo, cultural, artístico, sobre bien de uso público, de utilidad social, o sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación”.

Art. 262. Usurpación de aguas, “El que con el fin de conseguir para sí o para otro un provecho ilícito y en perjuicio de tercero, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas, o impida que corran por su cauce, o las utilice en mayor cantidad de la debida, o se apropie de terrenos de lagunas, ojos de agua, aguas subterráneas y demás fuentes hídricas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

²⁶³ Abarca el tráfico de estupefacientes y la contaminación.

²⁶⁴ Comprende las figuras de acaparamiento, especulación, delitos contra el sistema financiero, urbanización ilegal, contrabando, lavado de activos; entre otras.

²⁶⁵ Quedan abarcadas las figuras de espionaje, violación de tregua o armisticio, violación de inmunidad diplomática y la ofensa a diplomáticos

²⁶⁶ Aparte de los que ingresan en el anterior punto analizado, se considera que quedan comprendidos la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, el prevaricato, el abuso de autoridad, la usurpación y el abuso de función pública y el soborno transnacional.

legal²⁶⁷, el secuestro, el secuestro extorsivo, la extorsión y el proxenetismo. Es decir, que salvo los secuestros, la extorsión y el proxenetismo, son delitos cuyos **bienes jurídicos son colectivos, afectando intereses comunes.**

La norma resulta un tanto vaga, permitiendo gran discrecionalidad judicial, más teniendo en cuenta que el perjuicio a la moral social, ente no perceptible por los sentidos, debe ser grave; no bastando la mera afectación.

1.2.5 El ámbito temporal

En relación con el ámbito de aplicación temporal de la medida de extinción de acuerdo a esta legislación dispone el art. 24 que

Esta Ley rige a partir de la fecha de su promulgación. No obstante la extinción del dominio se declarará, cualquiera sea la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes.

Por consiguiente, resulta irrelevante el momento de adquisición o utilización del bien, pudiendo la ley afectar bienes vinculados con actividades ilícitas realizadas antes de la sanción de la ley.

De modo, que se le quita carácter sancionatorio a la medida extintiva, ya que de otro modo sería una sanción con efecto retroactivo, lo cual vulnera claramente el principio de legalidad penal.

Se ha agregado en el mismo artículo que

En todo caso se entenderá que la adquisición ilícita de los bienes no constituye justo título, causa un grave deterioro a la moral social y es conducta con efectos permanentes.

Por consiguiente, toda adquisición ilícita, o sea a través de conductas delictivas, **consiste en una situación irregular permanente siendo la acción**

²⁶⁷ Se refiere a las figuras de rebelión, sedición y asonada

imprescriptible y admitiéndose diferentes marcos regulatorios, sin existir derechos adquiridos²⁶⁸.

1.2.6 El límite del tercero de buena fe exento de culpa

Se ha regulado en el artículo 3 que

Lo dispuesto en el presente artículo no podría interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exentos de culpa.

En virtud de esta normativa, la medida extintiva no podrá aplicarse cuando perjudica los bienes que es titular o poseedor una persona que no ha participado de ningún modo en la actividad ilícita; ni como partícipe, ni como encubridor; o

²⁶⁸ “Por tanto, no solamente es constitucional que se contemple la viabilidad de extinguir el dominio de bienes adquiridos en tales condiciones en épocas anteriores a la vigencia de la actual Constitución, sino que ésta resulta violada por cualquier determinación legal que delimite en el tiempo, pasado o futuro, la acción correspondiente [...]

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 ocurrencia de la causal que lo originó, pues ello equivaldría a establecer un saneamiento no previsto por el constituyente [...]

La garantía de la irretroactividad de las leyes penales no puede ser esgrimida frente a una consecuencia de estirpe constitucional que gobierna los efectos de situaciones pasadas y que, además, se predica de los bienes y por sí misma no entraña pérdida de la libertad. La irretroactividad penal toma en consideración el elemento personal y de libre albedrío que deben intervenir en la decisión de adoptar una conducta o de evitarla, según la calificación legal que sobre ellas recaiga. La extinción del dominio es una secuela, de conformidad con la Constitución y según la Ley examinada, de una actividad delictiva previa -que deja incólume el principio de irretroactividad de la ley penal, por lo cual no se trata de una pena-, que se dirige a operar sobre los bienes obtenidos a causa del delito o derivados de éste.

...No se está confiriendo efecto retroactivo a sanciones penales. Simplemente se está haciendo explícita por la ley una condición que ya el ordenamiento jurídico imponía, desde el momento en que se produjo la adquisición de la propiedad y que, por tanto, era suficientemente conocida por los infractores: la propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse”, Sentencia C-740/03.

sea; es un tercero²⁶⁹. Aparte debe ser de buena fe, lo cual implica que no sabía o no era exigible que supiera la vinculación con la actividad ilícita del bien que es titular.

Pero no se protege a todo tercero de buena fe, sino al exento de culpa que es una tipología cualificada. Esto obedece a que el tercero no sólo debe haber obrado con lealtad y rectitud, sino que debe haber realizado todas las conductas exigibles para verificar la titularidad de los derechos del tradente²⁷⁰.

²⁶⁹ “Entonces, en el caso de los bienes adquiridos por enajenación o permuta, es de vital importancia determinar si el tercero adquirente obró o no dolosamente o con culpa grave, pues de ser así es viable la extinción de dominio. En caso contrario, es decir, si el tercero a quien se le traspasó un bien adquirido directa o indirectamente de una actividad ilícita es de buena fe debe protegerse su derecho, bajo determinadas circunstancias, y no sería viable la extinción de dominio”, Sentencia C-1096/03.

²⁷⁰ “La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones. El Código civil, al referirse a la adquisición de la propiedad, la define en el artículo 768 como *la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio*. Esta buena fe se denomina simple, por cuanto, si bien surte efectos en el ordenamiento jurídico, estos sólo consisten en cierta protección que se otorga a quien así obra. Es así que, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho si aminoran sus efectos. Tal es el caso del poseedor de buena fe condenado a la restitución del bien, quien no será condenado al pago de los frutos producidos por la cosa (C.C. art. 964 párr. 3º); o del poseedor de buena fe que adquiere la facultad de hacer suya la cosa poseída (C.C. arts. 2528 y 2529).

Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno: ‘*Error communis facit jus*’, y que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que ‘*Tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o de una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existen por ser meramente aparentes, normalmente y de acuerdo con lo que se dijo al exponer el concepto de la buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error o equivocación es de tal naturaleza que cualquier persona prudente y diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente, ante la llamada buena fe cualificada o buena fe exenta de toda culpa [...]*’

1.3 Regulación de la acción de Extinción de Dominio

El artículo 4 realiza una regulación genérica de la acción disponiendo que

La acción de extinción de dominio de que trata la presente ley es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido y sobre los bienes comprometidos. Esta acción es distinta e independiente de cualquier otra de naturaleza penal que se haya iniciado simultáneamente, o de la que se haya desprendido, o en la que tuviera origen, sin perjuicio de los terceros de buena fe exentos de culpa.

Entonces se concluye que, a diferencia de la buena fe simple que exige sólo una conciencia recta y honesta, la buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige sólo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.

La buena fe cualificada o creadora de derecho tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita. Es así que, si alguien adquiere un bien con todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad, y si ese bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita, en principio, aquel adquirente no recibiría ningún derecho pues nadie puede transmitir un derecho que no tiene y sería procedente la extinción de dominio; pero, si se actuó con buena fe exenta de culpa, dicho tercero puede quedar amparado por el ordenamiento jurídico al punto de considerarse que por efecto de su buena fe cualificada se ha radicado plenamente el derecho de propiedad en su cabeza, y por lo tanto sobre tal bien no podría recaer la extinción de dominio.

Pero, para su aplicación, en los casos en que se convierte en real un derecho o situación jurídica aparentes, para satisfacer las exigencias de buena fe, se requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

'a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes. De ahí que los romanos dijieran que la apariencia del derecho debía estar constituida de tal manera que todas las personas al examinarlo cometieran un error y creyeran que realmente existía, sin existir. Este es el error communis, error común a muchos.

b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y

c) Finalmente, se exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño', Sentencia del 23 de junio de 1958, Corte Suprema de Justicia en Sentencia C-1096/03.

De modo que esta acción es **jurisdiccional**, debiendo plantearse ante un **órgano judicial en un proceso contencioso**. Asimismo, **se dispone que es real, al dirigirse contra un bien determinado y cuyo fin es declarar la extinción del dominio de ese bien a favor del Estado –se asemeja a la acción *in rem* de Estados Unidos-**. Por lo cual, el contenido de la acción necesariamente será **patrimonial, se discutirá sobre la procedencia de la extinción y de considerarse legítima, el titular sufrirá la pérdida de derechos patrimoniales**.

Esta acción procede independientemente de la situación particular del bien, si es accesorio o tiene bienes de ese tipo, si ha sido adquirido por un tercero o si se ha comprometido su transacción, si ha sido otorgado su tenencia a un tercero o si han sido heredados. Téngase en cuenta que quedan a salvo sólo los terceros de buena fe exentos de culpa.

Así debe destacarse que **se independiza la acción de la penal y de sus consecuencias jurídicas particulares; no siendo relevante que se haya iniciado, promovido o finiquitado la acción penal**. Esto es concordante con el art. 1 que establecía la autonomía de acción y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana²⁷¹.

1.3.1 Autonomía. Normativa aplicable

En el artículo 1 se dispone que

Esta acción es autónoma en los términos de la presente ley

La autonomía de la acción implica que se encuentra regulado por las **normas de la legislación especial**. Por consiguiente, no podrán aplicarse

²⁷¹ “La extinción de dominio es acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad, en virtud del cual se le asigna un efecto a la ilegitimidad del título del que se pretende derivar el dominio”, Sentencia C-1096/03.

analógicamente otras disposiciones jurídicas del ordenamiento normativo, a menos que lo disponga expresamente la presente ley de extinción de dominio.

Esto sucede cuando la normativa reguladora de esta acción en el art. 7 establece que

La acción de extinción se sujetará exclusivamente a las disposiciones de la presente ley y, sólo para llenar sus vacíos, se aplicarán las reglas del Código de Procedimiento Penal o del Código de Procedimiento Civil, en su orden

Se dispone que ante una laguna de la ley de extinción será aplicable el **Código de Procedimiento Penal y ante la falta de regulación de éste, se aplicará subsidiariamente el de Procedimiento Civil**. Esta norma tiene como fin evitar que cualquier laguna normativa trabe el procedimiento; pero creemos que la aplicación primigenia del Código de Procedimiento Penal hace que se perciba la medida como punitiva. De este modo, deberá ser concebido como un proceso cuya finalidad es proteger y garantizar el ejercicio de cierta contradictoriedad mínima de la parte enjuiciada por el Estado; a diferencia del procedimiento civil, basado en la idea de igualdad plena de armas.

1.3.2 Principios aplicados

La regulación del proceso de extinción de dominio se ve atravesada por dos principios, uno que propicia la resolución con celeridad y el otro que intenta dar cierta garantía a las personas afectadas por estas medidas.

1.3.2.1 Principio de celeridad

Se estipula en el art. 7 que

En ningún caso podrá alegarse prejudicialidad para impedir que se profiera sentencia, ni exigirse la acumulación de procesos. Una vez que el expediente entre al despacho para fallo, tendrá prelación sobre los demás procesos que en el mismo se adelanten, salvo sobre aquellos en los que fuere preciso resolver la situación jurídica de un detenido

Se intenta que la acción se resuelva lo más rápido posible, por ello no se admite el planteo de cuestiones prejudiciales, por más que así lo estipule la regulación penal o civil.

Tampoco se acumularán los procesos para evitar demoras de los más avanzados, lo cual si ocurre en los procesos de otra naturaleza para evitar el dispendio jurisdiccional. Creemos que se justifica en que la propia acción de extinción de dominio es de bajo costo jurisdiccional, y a su vez, procura la obtención de cierto rédito al Estado. Asimismo, implica severas restricciones al uso y goce de los titulares de los bienes afectados. De modo que cuanto antes se obtenga, va a dar mayores frutos para el Estado y se va a perjudicar menos a los titulares de los bienes si no resulta procedente la medida extintiva.

El juez no debe dicta ninguna resolución antes de analizar la procedencia de la medida de extinción. En consecuencia, se da una orden de prelación frente a otro procesos, salvo cuando está en juego la libertad personal. De modo que la propia norma reguladora de la extinción de dominio, establece ciertas pautas de trabajo al juzgado interviniente obligándolo a resolver estas causas.

1.3.2.2 Principio del debido proceso

Se establece genéricamente en el art. 8 que

En el ejercicio y trámite de la acción de extinción de dominio se garantizará el debido proceso que le es propio, permitiendo al afectado presentar pruebas e intervenir en su práctica, oponerse a las pretensiones que se estén haciendo valer en contra de los bienes, y ejercer el derecho de contradicción que la Constitución Política consagra.

Por lo tanto en este procedimiento **deberán garantizar las reglas del debido proceso**²⁷². La Corte Constitucional entendió que no correspondía la frase

²⁷² La Constitución dispone en su art. 29 que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“que le es propio”²⁷³, ya que dejaba a discreción del poder legislativo la definición de todas las reglas del proceso de extinción.

Específicamente, se hace referencia al derecho de defensa material, permitiéndole al afectado presentar pruebas, intervenir en la producción de las mismas, argumentar en contra de las pretensiones y contradecir la posición del fiscal. Previamente, se estableció que

Parágrafo 1º. El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición

Lo cual parece limitar los medios de prueba del afectado debiendo estar vinculados con la causal invocada para la procedencia de la acción de extinción.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En materia jurisprudencial ha dicho Corte Constitucional en Sentencia T-597 de 1992, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón que

“b. El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad (*nemo iudex sine lege*), el principio del juez natural o juez legal, el principio favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales en estricto rigor responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. El artículo 29 de la Carta contempla, además, otros de los que se entienden contenidos en el núcleo esencial del derecho al debido proceso, como son el derecho de defensa, el derecho de asistencia de un abogado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*)”.

²⁷³ Sentencia C-1065/03. También sostuvo que “[n]o obstante lo expuesto, la expresión ‘*que le es propio*’, que hace parte del artículo 8º, constituye una restricción ilegítima del derecho fundamental al debido proceso, pues en todas las actuaciones judiciales y administrativas, y aún las que se surten entre particulares, deben aplicarse los contenidos constitucionales del derecho fundamental al debido proceso y no sólo aquellos que en cada actuación se estimen como propios. Es decir, en ningún ámbito el constituyente le delega al legislador la configuración de todo el contenido del debido proceso”, Sentencia C-740/03.

1.3.2.2.1 Defensa de los derechos

Se regula con mayor profundidad en el art. 9, la defensa de los derechos del afectado por el proceso de extinción, estableciéndose que

Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de los afectados, y en particular los siguientes:

- 1. Probar el origen legítimo de su patrimonio, y de bienes cuya, titularidad se discute.*
- 2. Probar que los bienes de que se trata no se encuentran en las causales que sustentan la acción de extinción de dominio.*
- 3. Probar que, respecto de su patrimonio, o de los bienes que específicamente constituyen el objeto de la acción, se ha producido una sentencia favorable que deba ser reconocida como cosa juzgada dentro de un proceso de Extinción de Dominio, por identidad respecto a los sujetos, al objeto y a la causa del proceso.*

En consecuencia, se detallan los posibles argumentos defensivos del afectado.

El primero sería acreditar el **origen legítimo de los bienes**, por ejemplo, probar que fueron obtenidos a través de una actividad económica legítima.

Otro de los argumentos para oponerse a la procedencia de la acción de extinción sería demostrar **que no le son aplicables las causales**, como puede ser acreditando que no existe vinculación entre los bienes y la actividad ilícita alegada.

Por último, puede sostenerse que se da un supuesto de violación del principio del **ne bis in idem** acreditando que se dan las tres identidades –persona, hecho y causa-.

Se ha sostenido que este artículo estaría regulando una inversión de la carga probatoria. Sin embargo, la Corte Constitucional primero hizo mención que no es la extinción no es una pena, no siendo aplicables las garantías constitucionales del derecho sancionador. Luego, destacó que en realidad no hay una inversión de la carga probatoria, sino que el **Estado comienza alegando y acreditando la existencia de una causal; quedando el afectado en la posibilidad de controvertir los argumentos esgrimidos por el Estado**²⁷⁴. Debe

²⁷⁴ “Nótese cómo no es que el Estado, en un acto autoritario, se exonere del deber de practicar prueba alguna y que, sin más, traslade al afectado el deber de acreditar la lícita

agregarse que **el particular es el que está en mejores condiciones para fundar la legitimidad del título sobre el bien –carga de la prueba dinámica**²⁷⁵, lo cual justifica que se exija que este aporte pruebas para evitar la aplicación de la medida cuando existen elementos para su procedencia²⁷⁶.

Lo que debe tenerse en cuenta es que el objeto de discusión es sobre las causales, no sobre la comisión de actividades ilícitas.

1.3.3 Titular de la acción

El artículo 5 establece que

procedencia de sus bienes. Por el contrario, aquél se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. Satisfecha esta exigencia, el afectado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, puede oponerse a esa pretensión y alegar los elementos probatorios que desvirtúen esa fundada inferencia estatal. De no hacerlo, las pruebas practicadas por el Estado, a través de sus funcionarios, bien pueden generar la extinción de dominio, acreditando, desde luego, la causal a la que se imputa su ilícita adquisición”, Sentencia C-740/03.

²⁷⁵ “De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes”, Sentencia C-740/03.

²⁷⁶ “Si bien a ella no le resulta aplicable la presunción de inocencia, el Estado no se encuentra legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio, pues éste se halla en la obligación ineludible de recaudar un compendio probatorio que le permita concluir, de manera probatoriamente fundada, que el dominio sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas sino ilícitas.

Satisfecha esa exigencia el afectado tiene derecho a oponerse a la declaratoria de la extinción del dominio, pues ésta es una facultad legítima que está llamada a materializar el derecho de defensa del afectado y en virtud de la cual puede oponerse a la pretensión estatal de extinguir el dominio que ejerce sobre los bienes objeto de la acción.

Al ejercer ese derecho, el actor debe aportar las pruebas que acrediten la legítima procedencia de los bienes objeto de la acción pues, como titular del dominio, es quien se encuentra en mejor condición de probar ese hecho”, Sentencia C-1096/03.

La acción deberá ser iniciada de oficio por la Fiscalía General de la Nación, cuando concurra alguna de las causales previstas en el artículo 2° de la presente ley

Por lo tanto, es una **acción que se inicia de oficio por la autoridad pública estableciéndose, específicamente, la competencia de la Fiscalía General de la Nación.**

Esta normativa debe ser complementada con el art. 11 que establece que

Conocerá de la acción el Fiscal General de la Nación, directamente, o a través de los fiscales delegados ante los jueces competentes para dictar la sentencia de extinción de dominio. De acuerdo con sus atribuciones constitucionales y legales, el Fiscal podrá conformar unidades especiales de extinción de dominio

Por lo tanto, la autoridad de aplicación de las medidas de extinción, *prima facie*, es el **Fiscal General de la Nación; pero también puede delegar esta tarea a los demás fiscales.**

Asimismo, el Fiscal está facultado para crear **unidades especializadas** en extinción de dominio, lo cual, generalmente, ayuda a mejorar la eficiencia y la velocidad de la respuesta estatal.

1.3.4 Deber de información

Aparte de establecerse la competencia de la Fiscalía, como órgano promotor de esta acción, se establecen deberes a otros organismos públicos y a los particulares para efectivizar las medidas de extinción de dominio.

Se establece ciertas obligaciones para los órganos públicos y los particulares al disponerse que

La Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fuerza Pública, la Dirección Nacional de Estupefacientes, cualquier institución pública, o cualquier persona natural o jurídica, deberán informar a la Fiscalía General de la Nación, sobre la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio

En consecuencia, se pone en cabeza de ciertos órganos el deber de informar a los fiscales de la probable existencia de bienes que pueden ser objeto de las medidas de decomiso.

El primero de los órganos obligados es la **Procuración General de la Nación**, que es un organismo que encabeza al Ministerio Público, con la función de representar a la sociedad colombiana, vigilar la conducta de los servidores públicos y defender el orden jurídico y los derechos fundamentales.

Este órgano tiene un rol central en el control disciplinario de los funcionarios públicos²⁷⁷, desplegando facultades de investigación²⁷⁸, por ello cuando en una de sus actuaciones compruebe la posibilidad de que haya bienes que pueden ser objeto de la extinción, debe informarlo a los fiscales.

Otro órgano de la órbita nacional, que está obligado a informar es la **Contraloría General de la República**. Es el máximo órgano de control fiscal del Estado²⁷⁹; y su misión es procurar el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuas en las distintas entidades públicas.

En consecuencia, se intenta que el órgano encargado del control público, apenas detecte una irregularidad que haga presumir que haya bienes cuya procedencia esté injustificada, informe a los fiscales para que éstos decidan la promoción de la acción de extinción. De modo que se crea un nexo entre el control de la Administración Pública y el órgano encargado de las medidas de reparación de las acciones lesivas.

²⁷⁷ El art. 277 de la Constitución establece que “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...] Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

²⁷⁸ La Constitución en el art. 277 dispone que “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: [...] Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria”.

²⁷⁹ La Constitución Política de 1991, en su artículo 267, establece que: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación".

Luego, la legislación menciona a **las fuerzas de seguridad** que por sus tareas de prevención e investigación, se anoticiarán de la existencia de bienes que pueden ser objeto de la acción de extinción.

Asimismo, también se menciona expresamente a **la Dirección Nacional de Estupefacientes** que básicamente es un órgano abocado a asesorar y apoyar al Consejo Nacional de Estupefacientes y al Gobierno Nacional en la formulación de las políticas y programas en materia de lucha contra la producción, tráfico y uso de drogas y la administración de los bienes que son objeto de la medida de extinción de dominio.

Esta entidad puede detectar la existencia de bienes sujetos a la acción de extinción, ya que se encarga del control administrativo tanto de las sustancias controladas como de las actividades marítimas y aéreas para evitar que faciliten el tráfico de drogas ilícitas. Asimismo, se le reconocen amplias facultades en la implementación de esta institución de extinción del dominio, que detallaremos a continuación.

De modo que la regulación tiene como fin que las entidades que monitoreen diversas actividades en donde se pueden hallar bienes objeto de medidas de extinción tengan el deber jurídico de informar a la fiscalía, así ésta puede accionar.

Finalmente, se mencionan como obligados a cualquier persona, tanto fuera funcionario como particular, incluso quedan comprendidos en este deber las personas jurídicas.

1.3.3 Competencia

En el art. 11 se regula la competencia jurisdiccional al establecerse que

Corresponde a los jueces penales del circuito especializados, del lugar en donde se encuentren ubicados los bienes, proferir la sentencia que declare la extinción de dominio. Si se hubieren encontrado bienes en distintos distritos judiciales, será competente el juez, determinado por reparto, de aquel distrito que cuente con el mayor número de jueces penales del circuito especializados. La aparición de bienes en otros lugares, posterior a la resolución de inicio de la investigación, no alterará la competencia

En consecuencia, es competente en razón de la materia **un juez penal del circuito especializado**²⁸⁰.

En relación con el territorio, se tendrá en cuenta la ubicación de los bienes; lo cual, resulta coherente con la naturaleza real de la acción de extinción.

²⁸⁰ Estos jueces entienden en los delitos considerado como de mayor impacto social - terrorismo, narcotráfico-.

El Decreto número 2001 de 2002, ha establecido que son competentes en los siguientes hechos “1. Genocidio. 2. Homicidio agravado según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal. 3. Lesiones personales agravadas según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal. 4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. 5. Secuestro extorsivo o agravado según los numerales 6, 7, 11 y 16 del artículo 170 del Código Penal. 6. Desaparición Forzada. 7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo. 8. Tortura. 9. Desplazamiento Forzado. 10. Constreñimiento ilegal agravado según el numeral 1 del artículo 183 del Código Penal. 11. Constreñimiento para delinquir agravado según el numeral 1 del artículo 185 del Código Penal. 12. Hurto agravado según el numeral 14 del artículo 241 del Código Penal. 13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 14. Lavado de activos, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 15. Testaferato, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 17. Concierto para delinquir agravado según el inciso 2 del artículo 340 del Código Penal. 18. Entrenamiento para actividades ilícitas. 19. Terrorismo. 20. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. 21. Instigación a delinquir con fines terroristas para los casos previstos en el inciso 2 del artículo 348 del Código Penal. 22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas. 23. De los delitos señalados en el artículo 365 del Código Penal, salvo que se trata del porte o conservación de armas de fuego y municiones. 24. De los delitos señalados en el artículo 366 del Código Penal, salvo que se trate del porte o conservación de armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. 25. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas. 26. Conservación o financiación de plantaciones cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos. 27. De los delitos señalados en el artículo 376 agravados según el numeral 3 del artículo 384 del Código Penal. 28. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada sea igual a las cantidades que se refiere el numeral anterior. 29. De los delitos señalados en el artículo 382 del Código Penal cuando su cantidad supere los 100 kilos o los 100 litros en caso de ser líquidos. 30. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje”.

En el caso que haya diferentes bienes de variados distritos territoriales, se privilegiará a la jurisdicción territorial con más jueces penales, lo cual, en general significa una menor sobrecarga de tarea, que permite una respuesta más rápida.

Se aclara que en el caso que aparezcan otros bienes debido a las pruebas producidas en el procedimiento, la acción quedará radicada en el tribunal donde ya se haya iniciados; rigiendo la *perpetuatio jurisdictionis*. Este principio regiría no para garantizar el juez natural, sino a fin de evitar la pérdida de tiempo que ocasionaría el traspaso de las actuaciones a otro tribunal.

1.3.6 Fases del procedimiento

1.3.6.1 Fase inicial

Se dispone que durante la fase inicial

El fiscal competente para conocer de la acción de extinción de dominio, iniciará la investigación, de oficio o por información que le haya sido suministrada de conformidad con el artículo 5° de la presente ley, con el fin de identificar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción, de acuerdo con las causales establecidas en el artículo 2°

Por consiguiente, **la investigación quedará a cargo del fiscal competente, que puede iniciarla de oficio o por la información suministrada por otro órgano nacional o por un particular²⁸¹.**

Esta fase tiene como fin obtener elementos probatorios de los hechos alegados para que proceda la medida de extinción. Asimismo, se habilita la adopción de medidas cautelares en esta fase.

1.3.6.1.2 Medidas cautelares

En relación con las medidas cautelares se dispone en el art. 12 que

²⁸¹ En el reclamo judicial que provocó la sentencia de la Corte Constitucional C-1065/03, se cuestionó que en una acción civil sea parte un Fiscal, ya que se considera que no tiene legitimación desde la letra de la Constitución.

En el desarrollo de esta fase, el fiscal podrá decretar medidas cautelares, o solicitar al Juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda, que comprenderán la suspensión del poder dispositivo, el embargo y el secuestro de los bienes, de dinero en depósito en el sistema financiero, de títulos valores, y de los rendimientos de los anteriores, lo mismo que la orden de no pagarlos cuando fuere imposible su aprehensión física

Durante la fase inicial, la ley le da competencia al fiscal para decretar medidas cautelares²⁸² o solicitar al juez su adopción. Estas medidas tienen como objeto impedir la disposición de los bienes que son objeto de la acción o, directamente, incautarlos.

Esta disposición debe ser complementada por el art. 13 que dispone que

Si aun no se ha hecho en la fase inicial, el fiscal decretará las medidas cautelares, o podrá solicitar al juez competente, la adopción de las mismas, según corresponda, las cuales se ordenarán y ejecutarán antes de notificada la resolución de inicio a los afectados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior

Por lo tanto, cuando no han dispuesto durante la etapa inicial pueden ser dictadas o solicitadas **posteriormente**.

Estas medidas **son dictadas in audita parte**, es decir, sin escuchar a la otra parte, tratando así de asegurar la celeridad y la efectividad de las medidas.

En relación con la disposición de estos bienes incautados por medidas provisionales, se establece que

En todo caso la Dirección Nacional de Estupefacientes será el secuestro o depositario de los bienes embargados o intervenidos.

Los bienes sobre los que se adopten medidas cautelares quedarán de inmediato a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes, a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen organizado, el cual procederá preferentemente a constituir fideicomisos de administración, en cualquiera de las entidades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia Bancaria; o, en su defecto, a arrendar o celebrar otros contratos que mantengan la productividad y valor de los bienes, o aseguren su uso a favor del Estado. Mientras los recursos monetarios o títulos financieras

²⁸² Se establece en la Constitución Política en el art. 250 que la Fiscalía está facultada a “2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”.

que valores se encuentren sujetos a medidas cautelares, las instituciones financieras que reciban la respectiva orden abrirán una cuenta especial, que genere rendimientos a tasa comercial, cuya cuantía formará parte de sus depósitos. Los rendimientos obtenidos pasarán al Estado en el caso de que se declare extinguido el dominio sobre tales recursos, o se entregarán a su dueño, en el evento contrario.

Los bienes fungibles, de género, y/o muebles que amenacen deterioro, y los demás que en adición a los anteriores determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, podrán ser enajenados al mejor postor, o en condiciones de mercado, cuando fuere el caso, entidad que podrá administrar el producto líquido, de acuerdo con las normas vigentes. De igual forma, los bienes inmuebles se administrarán de conformidad con las normas vigentes. Los rendimientos obtenidos pasarán al Estado, en el caso de que se declare extinguido el dominio sobre tales recursos, o se entregarán a su dueño, en el evento contrario.

Se establece expresamente que el **depositario de esos bienes es la Dirección Nacional de Estupefacientes, constituyendo el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado**. Según la normativa “es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes”.

La Dirección puede destinar los bienes del Fondo provisionalmente con la debida **transparencia**²⁸³.

²⁸³ Este es un ejemplo de cómo se identifica el bien y el destino.

AERONAVES DESTINADAS PROVISIONALMENTE					
No.	DE RESOL.	FECHA	PROCESO DE ADJUDICACIÓN	DESCRIPCIÓN DEL BIEN	BENEFICIARIO
1	5	8/01/04	DESTINACIÓN PROVISIONAL	AERONAVE MARCA LANCAIR MODELO 4-P SERIE LIV- 028 MATRICULA N-38WC	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-F.A.C. - GRUPO AEREO DEL CARIBE.

Los destinos de los bienes pueden ser fondos de fideicomisos²⁸⁴, el arriendo y el uso a favor del Estado. Es decir, necesariamente **deben tener un fin productivo y público**.

El dinero, en particular, debe ser depositado en cuentas especiales en las instituciones financieras generando rendimientos a tasa comercial. Se aclara, en particular, que todo rendimiento obtenido de los bienes, en caso de declararse la extinción corresponderá al Estado. Lo cual reconocería el efecto retroactivo de la medida de extinción, ya que se consideraría que se perdió la titularidad del bien desde la adopción de la medida cautelar.

Por su parte, cuando no se declara la extinción, expresamente se prevé que todo beneficio corresponderá al titular del bien; queda pendiente si tiene aun una acción de responsabilidad civil por otros perjuicios que pudo ocasionarle el Estado; por ejemplo, cuando pudo haber obtenido un mayor rendimiento de ese bien con inversiones más arriesgadas.

En relación con los bienes fungibles, de género y muebles que puedan deteriorarse con el paso del tiempo y otros bienes determinados reglamentariamente por el Consejo Nacional de Estupefacientes, podrán ser enajenados al mejor postor o en condiciones de mercado. Es decir que **para evitar todo deterioro de los bienes, con las consecuentes pérdidas económicas, se opta por su liquidación**.

1.3.6.2 Resolución de sustanciación

El artículo 13 regula los diferentes pasos del procedimiento de la acción de extinción del dominio, en primer lugar establece que

²⁸⁴ Se regula expresamente en la ley este supuesto, disponiéndose que “En todos los casos, la fiduciaria se pagara, con cargo a los bienes administrados o a sus productos, el valor de sus honorarios y de los costos de administración en que incurra. Cualquier faltante que se presentare para cubrirlos, será exigible con la misma preferencia con la que se tratan los gastos de administración en un concurso de acreedores, sobre el valor de los bienes, una vez que se liquiden o se subasten. Esta fiducia no estará sujeta en su constitución o desarrollo a las reglas de la contratación administrativa, sino a la ley comercial o financiera ordinaria”.

1. El fiscal que inicie el trámite, dictará resolución de sustanciación en la que propondrá los hechos en que se funda la identificación de los bienes que se persiguen y las pruebas directas o indiciarias conducentes. Contra esta resolución no procederá recurso alguno.

Una vez iniciado el trámite, el fiscal tras investigar debe alegar el hecho que justifica la medida de extinción del dominio y las pruebas que lo acreditan.

Se establecía por ley que contra esta resolución del fiscal, no procede recurso alguno. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que era inenajenable²⁸⁵.

Se establece que esta resolución

2 [...] se comunicará al agente del Ministerio Público y se notificará, dentro de los cinco (5) días siguientes, a las personas afectadas cuya dirección se conozca. Si la notificación personal no pudiere hacerse en la primera ocasión que se intenta, se dejará en la dirección de la persona por notificar noticia suficiente de la acción que se ha iniciado y del derecho que le asiste a presentarse al proceso.

En consecuencia, recién cuando se adopta esta resolución, procederá la **notificación al Ministerio Público²⁸⁶ y a las personas afectadas**, si es conocido su domicilio²⁸⁷. Antes de esta decisión fiscal, el **proceso es in audita parte**.

²⁸⁵ Sentencia C 1065/03. También, se consideró que “La expresión ‘*Contra esta resolución no procederá recurso alguno*’, que hace parte del numeral 1º, constituye una restricción ilegítima del derecho de defensa y vulnera el artículo 29 constitucional. Esto es así por cuanto, pese a que se trata de una resolución de sustanciación, a través de ella se toma una decisión muy importante que es fruto de la actividad instructiva cumplida por la Fiscalía General de la Nación: La vinculación de una persona a un proceso judicial y la afectación de sus bienes. A partir de tal momento, la persona afectada queda vinculada a un proceso judicial y la situación de sus bienes sólo será decidida mediante el fallo que profiera el juez competente. Se trata, entonces, de una decisión muy relevante, que puede generar restricciones a derechos constitucionales y por ello, resulta imperativo que pueda ser impugnada. Por ese motivo, el citado aparte del numeral 1º, será declarado inenajenable.”, Sentencia C-740/03.

²⁸⁶ Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público es un órgano independiente de los fiscales. El art. 125 dispone que “Corresponde al agente del Ministerio Público como sujeto procesal, además de otras funciones contempladas en este Código: [...] “Controlar el reparto de las diligencias a fiscales y jueces. Velar porque la conducta de los servidores judiciales se ajuste a la ley. Hacer las denuncias correspondientes cuando infrinjan sus obligaciones constitucionales y legales”.

Luego de realizarse estas comunicaciones, se **complementará la publicidad del proceso**, en aras de garantizar la defensa material de los afectados, ya que se dispone que

2 Cinco (5) días después de libradas las comunicaciones pertinentes, se dispondrá el emplazamiento de quienes figuren como titulares de derechos reales principales o accesorios según el certificado de registro correspondiente, y de las demás personas que se sientan con interés legítimo en el proceso, para que comparezcan a hacer valer sus derechos.

3. El emplazamiento se surtirá por edicto, que permanecerá fijado en la Secretaría por el término de cinco (5) días y se publicará por una vez, dentro de dicho término, en un periódico de amplia circulación nacional y en una radiodifusora con cobertura en la localidad donde se encuentren los bienes. Si el emplazado o los emplazados no se presentaren dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto, el proceso continuará con la intervención del curador ad litem, quien velará por el cumplimiento de las reglas del debido proceso a favor del afectado, y empezará a contar el término de que trata el artículo 10 de la presente ley

Como se aprecia el emplazamiento es amplio recayendo sobre el vago concepto **sujeto interesado legítimamente. Por lo cual, cualquier persona que alegue un interés, puede ser parte del proceso.**

1.3.6.3 Medidas de pruebas

Se regula en el art. 13 que

2. Dentro de los cinco (5) días siguientes al término de su comparecencia, los intervinientes podrán solicitar las pruebas que estimen conducentes y eficaces para fundar su oposición, y para explicar el origen de los bienes a partir de actividades lícitas demostrables.

3. Transcurrido el término anterior, se decretarán, las pruebas solicitadas que se consideren conducentes y las que oficiosamente considere oportunas el investigador, las que se practicarán en un término de treinta (30) días, que no será prorrogable.

El fiscal del conocimiento podrá decretar pruebas de oficio, decisión que no será susceptible de recurso alguno.

7. Concluido el término probatorio, se surtirá traslado por Secretaría por el término común de cinco (5) días, durante los cuales los intervinientes alegarán de conclusión

²⁸⁷ Téngase en cuenta que el art. 14 ha dispuesto que “La única notificación personal que se surtirá en todo el proceso de extinción de dominio, será la que se realice al inicio del trámite, en los términos del artículo 13 de la presente ley”. Esta informalidad tiene como fin acelerar los tiempos y disminuir los costos de este procedimiento.

De modo que los afectados tendrán un **plazo breve** para solicitar medidas probatorias, las cuales deben ser **conducentes y eficaces**, en relación con la **causal alegada, las medidas probatorias aportadas por el fiscal y su oposición**.

Luego, se producirán las pruebas ofrecidas por el afectado y las que determine el fiscal de oficio. **Pese a que no prevían recursos contras las medidas probatorias, se ha limitado esta disposición legal por la interpretación jurisprudencial considerándose que vulnera el derecho de defensa**²⁸⁸. Asimismo, se prevé expresamente en el texto normativo, la **posibilidad de objetar el dictamen pericial alegando error grave, lo cual, será decidido por el propio fiscal**²⁸⁹. Por lo tanto, no se procura la nulidad del procedimiento, sino que sería una advertencia al fiscal, para que **realice una nueva pericia**.

El plazo para la realización del proceso probatorio **breve e improrrogable**, a fin de realizar el ideal de la celeridad²⁹⁰. Este proceso finaliza con un traslado y las conclusiones de ambas partes.

²⁸⁸ “La expresión ‘*decisión que no será susceptible de recurso alguno*’, que hace parte del numeral 6, si bien se refiere a la decisión del fiscal de practicar pruebas de manera oficiosa, puede ser interpretada en el sentido que la negativa a practicar una prueba solicitada por la persona afectada es también inimpugnable. Esta interpretación sería manifiestamente contraria a la Constitución, pues la persona a la que se le rechace una prueba por ella solicitada, carecería de instrumentos que le permitan, al interior del proceso, insistir fundadamente en la práctica de esa prueba. Y esta sería una restricción ilegítima del derecho de defensa. Tal contrariedad sería mucho más evidente en aquellos casos en que la prueba denegada resulte relevante para efectos de la oposición a la acción que se ejerce sobre los bienes.

Entonces, para garantizar que las resoluciones mediante las cuales se niega una prueba solicitada por la persona afectada sean impugnables, la Corte, mediante un fallo condicionado, excluirá tal interpretación del ordenamiento jurídico”, Sentencia C-740/03.

²⁸⁹ Dispone el art. 17 que “Las partes deberán proponer la objeción al dictamen pericial, sólo por error grave y dentro de los tres (3) días siguientes al traslado del mismo, presentando las pruebas en que se funda. El Fiscal, si considera improcedente la objeción, decidirá de plano; en caso contrario, dispondrá un término de cinco (5) días para practicar pruebas y decidir”.

²⁹⁰ En este sentido debe entenderse el art. 13 al disponer que “Los términos establecidos en el presente artículo son improrrogables y de obligatorio cumplimiento, y su desconocimiento se constituirá en falta disciplinaria gravísima”.

1.3.6.4 Resolución de procedencia

Una vez finalizado el proceso probatorio, el art. 13 dispone que

8. Transcurrido el término anterior, durante los quince (15) días siguientes el fiscal dictará una resolución en la cual decidirá respecto de la procedencia o improcedencia de la extinción de dominio

Por lo tanto, **el fiscal tendrá un plazo para dictar una resolución que determina la procedencia o no de la medida de extinción de dominio.** Esta decisión legalmente era irrecurrible, sin embargo en la Corte Constitucional consideró inexigible la disposición legal por violentar el debido proceso al impedir la efectiva defensa²⁹¹.

1.3.6.5 Impugnaciones

Aparte de controvertir los hechos alegados por el fiscal, la defensa puede alegar la **existencia de nulidades**. En este sentido, los artículos 15 y 16, establecen el régimen de nulidades de este procedimiento.

²⁹¹ El art. 14 disponía que “Ninguna decisión adoptada por el fiscal es susceptible de recursos”. Esto fue considerado inexigible en la sentencia C-1065/03.

En caso de que el fiscal dicte una resolución en la cual decida la procedencia de la extinción de dominio, el respeto del derecho de defensa del afectado torna imperativa la viabilidad de recursos contra tal resolución. No obstante, como el citado numeral podría interpretarse en el sentido que la citada resolución es inimpugnable, la Corte, en guarda del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 superior y de la integridad de la Carta, excluirá tal interpretación del ordenamiento jurídico. Mucho más si el parágrafo del artículo 5° de la ley, faculta a la Dirección Nacional de Fiscalías para impugnar la resolución de improcedencia de la acción.

Por la razón expuesta, el numeral 8° del artículo 13 se declarará exequible en el entendido que la resolución de procedencia puede ser impugnada por el afectado

[...] La inimpugnabilidad de las decisiones interlocutorias que profiera el Fiscal que conoce de la extinción de dominio constituye una restricción ilegítima del derecho de defensa y una clara vulneración de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Piénsese por ejemplo en aquellas resoluciones que nieguen pruebas solicitadas por los afectados con el ejercicio de la acción o por un tercero con interés legítimo en el proceso o en la resolución que declara la procedencia de la acción. No cabe duda que se trata de decisiones que tocan con aspectos sustanciales del proceso y por ello, como lo ha dispuesto el legislador estatutario, debe permitirse la posibilidad de que sean revisadas por el superior jerárquico de quien tomó la decisión”, Sentencia C-740/03.

Cualquiera nulidad que aleguen las partes, será considerada en la resolución de procedencia o improcedencia, o en la sentencia de primera o segunda instancia. No habrá ninguna nulidad de previo pronunciamiento.

Serán causales de nulidad en el proceso de extinción de dominio, las siguientes:

1. Falta de competencia.

2. Falta de notificación.

3. Negativa injustificada, a decretar una prueba conducente o a practicar, sin causa que lo justifique, una prueba oportunamente decretada.

Por lo tanto, podrán alegar las nulidades por tres supuestos: **la incompetencia, la falta de notificación y la adopción de medidas injustificadas en la etapa probatoria**. Como se observa, todos estos supuestos son claramente formales, son **vicios en el procedimiento**, que en el primer supuesto afectan la garantía de juez natural²⁹², y en el segundo y tercero, la contradicción²⁹³.

Estas nulidades pueden ser resueltas tanto por el fiscal como por el juez; pero no lo harán en decisiones independientes, a través de un incidente; **sino en las previstas e inevitables en el procedimiento de extinción**. De modo que también se trata de evitar que se inicien incidentes de nulidad, tratando de abreviar los plazos y morigerar los costos del proceso.

En el mismo sentido, se determina que no proceden las excepciones, ni los incidentes, no debiendo ser resultas las impugnaciones en decisiones independientes²⁹⁴.

Se consideró, jurisprudencialmente, que estos supuestos de nulidad no son taxativos, procediendo cualquier recurso de nulidad que afecte las reglas del debido proceso²⁹⁵.

²⁹² Se dispone en el art. 11 del Cod. de procedimiento penal, que “Nadie podrá ser juzgado sino por juez o tribunal competente preexistente al acto que se imputa”.

²⁹³ El art. 13 del Cód. de procedimiento penal establece que “En desarrollo de la actuación los sujetos procesales tendrán derecho a presentar y controvertir las pruebas”.

²⁹⁴ Se dispone en el art. 17 de la ley de extinción de dominio que “De las excepciones e incidentes. En el proceso de extinción de dominio no habrá lugar a la presentación y al trámite de excepciones previas ni de incidentes salvo el de objeción al peritazgo por error grave. Todos serán decididos en la resolución de procedencia o en la sentencia definitiva”.

²⁹⁵ “Debido a la redacción de la norma, es posible una interpretación de acuerdo con la cual la regulación en ella contenida, por ser casuística, agota el tema las causales de nulidad en

1.3.6.6 Sentencia

Una vez emitida esta resolución se dispone en el art. 13

9. El fiscal remitirá al día siguiente de la expedición de la resolución de que trata el numeral anterior, el expediente completo al juez competente, quien dará traslado de la resolución a los intervinientes por el término de cinco (5) días, para que puedan controvertirla. Vencido el término anterior, dictará la respectiva sentencia que declarará la extinción de dominio, o se abstendrá de hacerlo, de acuerdo con lo alegado y probado, dentro de los quince (15) días siguientes. La sentencia que se profiera tendrá efectos erga omnes

Por consiguiente, se le dará traslado a las partes intervinientes, a fin de que expresen su opinión y la controviertan.

Luego de la respuesta de las demás partes intervinientes, o en su caso, de la falta de respuesta en el plazo fijado, el **juez dará un plazo de prueba** produciendo prueba de oficio o la denegada²⁹⁶ y, luego, deberá dictar sentencia acerca de la extinción o no del dominio;

el proceso de extinción de dominio. Es decir, de acuerdo con tal interpretación, las causales de nulidad allí consagradas, serían taxativas y no sería posible plantear, como causas de invalidación de lo actuado, otras irregularidades potencialmente lesivas de garantías constitucionales.

No cabe duda que esa interpretación sería contraria al artículo 29 de la Carta, pues impediría que se planteen y declaren nulidades por otras irregularidades no previstas pero susceptibles de menoscabar el derecho de defensa o el debido proceso. Por ello, la Corte condicionará la declaratoria de constitucionalidad del artículo 16 en el entendido que también configura causal de nulidad cualquier violación a las reglas del debido proceso consagradas en el artículo 29 de la Constitución y aplicables a la acción, entendida su naturaleza”, Sentencia C-740/03.

²⁹⁶ Este plazo de prueba surge de la interpretación jurisprudencial, al considerarse que “la reserva judicial para la declaración de la extinción de dominio significa también que el juez debe intervenir de manera dinámica en la actuación, orientándola al cumplimiento de la finalidad configurada por el constituyente y, desde luego, hacia la realización de las garantías constitucionales de trascendencia procesal de las personas afectadas. De acuerdo con esto, al juez que conoce de la acción de extinción de dominio, le asiste el deber de resolver las solicitudes de pruebas que aquellas realicen y el de ordenar las pruebas que, sin haber sido solicitadas, resulten relevantes para lo que es materia de decisión. Y tanto aquellas como éstas, deben ser practicadas por él en el proceso, pues para entonces la Fiscalía ha dejado de ser la autoridad instructora del mismo.

En este orden de ideas, el numeral 9 del artículo 13 de la Ley 793 de 2002 podría interpretarse en el sentido que el juez está despojado de las facultades de ordenar las pruebas que se le soliciten, de la disponerlas de manera oficiosa y de la de practicar tanto aquellas como éstas. De prosperar esta interpretación, el juez quedaría supeditado a proferir la sentencia, como acto jurisdiccional por excelencia, únicamente con base en las pruebas practicadas en otra instancia judicial y en los alegatos de conclusión que con base en ellas

basándose en lo alegado y probado. En consecuencia, el juez se ve limitado por los hechos alegados y las pruebas de las partes, no teniendo facultades inquisitivas.

La sentencia tendrá efectos *erga omnes*, siendo oponible a terceros que no intervinieron en el proceso; porque se presumen que han sido notificados y desistieron de participar en el tiempo debido.

La normativa debe complementarse con lo dispuesto en el art. 13 que

11. Cuando se decrete la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe, el fiscal deberá someter la decisión al grado jurisdiccional de consulta. En los demás casos, será el Juez quien decida sobre la extinción o no del dominio, incluida la improcedencia que dicte el fiscal sobre bienes distintos a los mencionados en este numeral. En todo caso, se desestimará de plano cualquier incidente que los interesados propongan con esa finalidad

Por consiguiente, **el juez tiene la facultad de revisar la decisión de improcedencia del fiscal –salvo en el supuesto expresamente previsto–**, no existiendo una titularidad plena de la acción del fiscal una vez que decide iniciar el proceso.

1.3.6.7 Recursos

En relación con la etapa recursiva, se establece en el art. 13 que

10. En contra de la sentencia que decrete la extinción de dominio sólo procederá el recurso de apelación, interpuesto por las partes o por el Ministerio Público, que será resuelto por el superior dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que el expediente llegue a su despacho

Se establece expresamente que las partes **sólo podrán plantear el recurso de apelación en caso de que se decrete la extinción**. Para esta acción están legitimados las partes y el Ministerio Público, téngase en cuenta que puede defender intereses particulares.

presenten las personas afectadas. Como esta interpretación resulta claramente contraria a la reserva judicial en materia de extinción de dominio y al debido proceso - artículos 34 y 29 de la Carta-, la Corte la excluirá del ordenamiento jurídico.

Por estas razones, se declarará exequible el numeral 9 del artículo 13 en el entendido que el término de cinco (5) días es para aportar o solicitar pruebas y que los quince (15) días allí

1.3.6.8 Consulta

Se prevé en el art. 13 una consulta al órgano judicial superior al establecerse que

La sentencia de primera instancia que niegue la extinción de dominio y que no sea apelada, se someterá en todo caso al grado jurisdiccional de consulta.

11. Cuando se decrete la improcedencia sobre un bien de un tercero de buena fe, el fiscal deberá someter la decisión al grado jurisdiccional de consulta

En el caso que se niegue la extinción, no habiendo apelación de las partes, **se procederá a la revisión por el órgano jurisdiccional de consulta.**

Asimismo, esta consulta también es aplicable **si el fiscal decide que no es procedente, porque el bien que era objeto de la acción de extinción de dominio es de un tercero de buena fe.**

De modo que se propicia la revisión de las denegaciones de la extinción, exigiéndose **una doble conforme de la no procedencia de la acción de extinción.**

1.3.7 Recompensa al denunciante

Se prevé en el artículo 6 de la ley colombiana una recompensa para el denunciante de la evidencia necesaria para que proceda la extinción del dominio.

El particular que denuncie de manera eficaz, o que en forma efectiva contribuya a la obtención de evidencias para la declaratoria de extinción de dominio, o las aporte, recibirá una retribución hasta del 5% del producto que el Estado obtenga por la liquidación de dichos bienes, o del valor comercial de los mismos, dependiendo de la colaboración; cuando el Estado los retuviere para cualquiera de sus órganos o dependencias. Esta tasación la hará el Juez en la sentencia, de oficio, o a petición del Fiscal

Por lo tanto, **el beneficiario debe ser un particular**, ya que el servidor público por su propia vinculación con la Administración pública está obligado a perseguir el interés público mientras ejercite su función²⁹⁷.

previstos comienzan a correr cuando venza el término que razonablemente fije el juez para la práctica de pruebas”, Sentencia C-740/03.

²⁹⁷ En este sentido, el Artículo 22 de ley 734 del 2002 –Código Único Disciplinario- dispone que “El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las

La colaboración del denunciante **debe ser eficaz y debe consistir en información valiosa para la obtención de evidencias o en el propio aporte de las mismas**²⁹⁸. Se fija que la retribución llega al máximo del 5% de lo obtenido por

prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes”.

El artículo 34, por su parte, dispone que debe “Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio”.

El art. 48 dispone que “Son faltas gravísimas las siguientes: [...]

4. Omitir, retardar y obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función”.

Por su parte, el art. 70 “Obligatoriedad de la acción disciplinaria. El servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, iniciará inmediatamente la acción correspondiente. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere.

Si los hechos materia de la investigación disciplinaria pudieren constituir delitos investigables de oficio, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad competente, enviándole las pruebas de la posible conducta delictiva”.

El Código Penal prevé en su art. 414 que “El servidor público que omita, retarde, rehusa, o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

El art. 417 establece que “El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular”.

²⁹⁸ “[L]a denuncia, contribución o aporte de evidencia debe ser eficaz, es decir, debe conducir a una sentencia de extinción. Nótese que no se trata sólo de que el particular ponga en conocimiento de la justicia la existencia de unos bienes susceptibles de extinción de dominio, de forma tal que a partir de ese momento se desentienda por completo de las resultas del proceso, pues para acceder a la retribución consagrada se precisa de una actitud mucho más comprometida y eficaz. De allí que no se trate de retribuir el simple cumplimiento de un deber ciudadano, sino de retribuir una colaboración calificada que permitió la efectiva extinción del dominio sobre unos bienes adquiridos por uno cualquiera de los mecanismos consagrados por el constituyente”. Sentencia C-1096/03.

el Estado al liquidar el bien o del valor comercial si es retenido por el Estado, lo cual será fijado de acuerdo a la relevancia del aporte del denunciante.

Este valor es determinado por el juez al momento de sentenciar, por lo tanto, el denunciante podrá exigir la recompensa recién cuando el proceso finalice.

El particular debe identificarse, lo cual impide la aplicación de recompensas a denuncias anónimos²⁹⁹ y debe realizar una presentación formal³⁰⁰.

La recompensa tiene como objeto promover la colaboración de los particulares en las acciones de recupero a través del incentivo económico. Este medio ya se encuentra estipulado en la Convención de la ONU contra la Corrupción³⁰¹ y lo creemos útil cuando los denunciantes no tienen vinculación estrecha con la Administración Pública.

Asimismo, la recompensa brinda legitimación sustancial al denunciante o al que aporta hechos relevantes en el procedimiento de extinción para participar activamente. Esto se debe a que el resultado del proceso de extinción determinará el cobro y la cuantía de su recompensa.

1.3.8 Proceso en rebeldía

En el artículo 10 se admite el proceso en rebeldía al disponerse que

²⁹⁹ “[E]l particular debe identificarse en el proceso. Es decir, debe existir certeza en cuanto a la persona de la cual proviene la denuncia, contribución o aporte de evidencia. De esta manera se le da seriedad a su intervención y, además, se evitan denuncias temerarias e infundadas. Además, se le brindan elementos de juicio al juez para que tenga claridad sobre la persona que se ha de beneficiar con la recompensa”, Sentencia C-1096/03.

³⁰⁰ “[L]a denuncia, contribución o aporte de evidencia debe hacerse formalmente mediante una declaración rendida en cualquiera de las etapas del proceso de extinción de dominio. De acuerdo con esto, no se trata de una información confidencial ni informal, pues ella debe constar en la actuación promovida con miras a la extinción del dominio de los bienes del afectado”, Sentencia C-1096/03.

³⁰¹ Se dispone en el art. 39 que “[...] 2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a

Si los afectados con ocasión de la acción de extinción de dominio no comparecieren por sí o por interpuesta persona, la autoridad competente ordenará su emplazamiento, en los términos del artículo 13 de la presente ley

Vencido el término de emplazamiento se designará curador ad litem, siempre que no se hubiere logrado la comparecencia del titular del bien objeto de extinción, con quien se adelantarán los trámites inherentes al debido proceso y al derecho de defensa. Igualmente, en todo proceso de extinción de dominio, se emplazará a los terceros indeterminados, a quienes se designará curador ad litem en los términos de esta ley

En consecuencia, se intentará notificar a los afectados, tanto determinados como indeterminados, en el caso que no asistan se le nombrará un defensor a fin de garantizar la contradictoriedad en el procedimiento.

Es **entendible la admisión de este juicio en rebeldía por la naturaleza real de la acción y porque la afectación es meramente patrimonial**; asimismo se coordina con el ideal de ejecución con **celeridad** que irradia la normativa.

1.3.9 Disposición definitiva de los bienes

Se establece en el art. 13 que

Los bienes y recursos objeto de extinción de dominio ingresarán al Fondo para la Rehabilitación, Inversión, Social y lucha contra el Crimen Organizado y serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes, para fines de inversión social, seguridad y lucha contra la delincuencia organizada

Por lo tanto, los bienes que por no haberse tomado medidas cautelares no han ingresado al Fondo, lo harán luego de dictada la sentencia que declara la extinción.

En el caso que los bienes fueran muebles o dinero se entregarán inmediatamente al Fondo, ya que la transferencia de la propiedad opera sobre la base de la tradición. En el caso, que sea necesario un título, como en los bienes inmuebles, debe anularse el título del afectado y expedirse uno nuevo a nombre del Fondo³⁰².

denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.

³⁰² El art. 18 establece que “Si los bienes fueran muebles o moneda, y aún no estuvieren secuestrados a disposición del Fondo, en la sentencia se ordenará que se le haga entrega

Se estipula expresamente que serán dispuestos en forma definitiva por una decisión del Consejo Nacional de Estupefacientes y deberá basarse en que consistirá una inversión social o favorecerá de algún modo la seguridad y la lucha contra la delincuencia organizada.

De modo que se intenta limitar la discrecionalidad de la autoridad pública a la hora de disponer definitivamente de los bienes por los cuales fue procedente la acción de extinción de dominio.

1.3.9.1 Autofinanciamiento

Se prevé que los rendimientos financieros cubrirán los costos de estos procedimientos de extinción de dominio y de administración de los bienes a cargo del Estado³⁰³.

2 Cooperación Internacional³⁰⁴

El Código de Procedimiento Penal regula algunos aspectos de la cooperación internacional, aplicándose estas disposiciones para el instituto de la extinción de dominio.

2.1 Solicitudes desde Colombia

Se regulan la solicitud de asistencia judicial de un país extranjero en el art. 503 del Código de Procedimientos cuando se dispone que

inmediata de los mismos o que se consignen a su disposición los valores dichos. Si se tratare de bienes incorporados a un título, se ordenará la anulación del mismo y la expedición de uno nuevo a nombre del citado Fondo”.

³⁰³ El Art. 19 regula que “Los gastos que se generen con ocasión del trámite de la acción de extinción del dominio, así como los que se presenten por la administración de los bienes en el Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, se pagarán con cargo a los rendimientos financieros de los bienes que han ingresado a dicho fondo, salvo que la sentencia declare la improcedencia de los bienes”.

³⁰⁴ Para investigaciones penales: Fiscalía General de la Nación – Dirección de Asuntos Internacionales. Doctora Yolanda Sarmiento Amado - Directora. Telefax – 5702008, correo electrónico anzapata@fiscalia.gov.co

Para juicios penales: Ministerio de Justicia y del Derecho – Oficina de Asuntos Internacionales. Doctor Germán Vallejo Almeida – Jefe de la Oficina. Teléfono 5606430; fax 5606523; correo electrónico evallejo@minjusticia.gov.co

Para cooperación técnica mutua, se puede consultar con :Ministerio de Relaciones Exteriores – Olga Bula, Coordinadora de Cooperación Internacional. Teléfono 5667103 5667105; Fax. 5625939; correo electrónico dcdirec@minrext.gov.co

Los jueces, fiscales y magistrados o los jefes de unidades de policía judicial, a fin de determinar la procedencia de la acción penal, de recaudar pruebas o información o cualquier otro tipo de asistencia judicial podrán concurrir o comunicarse directamente con autoridades extranjeras o por los conductos legalmente previstos

En virtud de este articulado, tienen facultades para solicitar medidas de asistencia judicial **las autoridades judiciales, los fiscales y los jefes de la policía judicial. De modo que se ha regulado de manera amplia al legitimado para realizar estas solicitudes.**

Se admite que la asistencia sea para recaudar pruebas o información, lo cual resulta vital para acreditar hechos de corrupción y las causales de procedencia de la medida de extinción. Asimismo, podría solicitar la individualización o la incautación de los bienes, ya que la norma es abierta.

En relación con la solicitud, se dispone en el art. 504, que

En la solicitud de asistencia judicial informará a la autoridad requerida los datos necesarios para su desarrollo, precisando el Despacho requirente, los hechos que motivan la actuación, el objeto y medios de prueba pretendidos, las normas presuntamente violadas, la identidad y ubicación de personas o bienes cuando ello sea necesario, así como las instrucciones que desea que sean observadas por la autoridad extranjera.

Se presume la legalidad y la autenticidad de los documentos y de las pruebas obtenidos de autoridad extranjera.

En consecuencia, será necesario expresar los hechos y la norma jurídica afectada –en nuestro caso, un hecho de corrupción-, establecer claramente el objeto de la solicitud, aportar los elementos de prueba e identificar a las personas y bienes sobre los que recae la medida.

Como se aprecia, la solicitud tiene que ser detallada porque se procura que la autoridad extranjera solo le dé aplicación y no que realice por sí medidas de investigación.

2.2 Aporte de información por parte de los organismos internacionales

En relación con la función de los organismos internacionales se prevé en la ley de extinción de dominio que

Los organismos internacionales, habilitados para el efecto por un tratado o convenio de colaboración recíproca celebrado con el Gobierno de Colombia, podrán dar noticia de ello, para el inicio de la acción de extinción de dominio

En consecuencia, estos organismos internacionales están facultados para anotar al Gobierno de la existencia de bienes sobre los que puede recaer la acción de extinción de dominio. Se exige que exista cierto marco normativo

mínimo habilitando a estos organismos, tanto si es a través de un tratado o de un convenio de colaboración recíproca.

Por lo tanto, se establece el marco normativo para que a través de la cooperación de los organismos internacionales se brinde información necesaria para recuperar activos.

2.3 Solicitudes a Colombia

Por otro lado, el art. 506 regula las solicitudes realizadas al Estado colombiano.

Al respecto, se dispone que

Las autoridades colombianas, a través de la Fiscalía General de la Nación, prestarán asistencia judicial a las autoridades extranjeras que lo soliciten, las cuales podrán comisionar a funcionarios judiciales colombianos para la práctica de diligencias. Podrán conformarse unidades especiales de asistencia judicial al exterior, bajo la coordinación y dirección del Fiscal General de la Nación o a quien él delegue.

El Fiscal General de la Nación podrá autorizar a funcionarios judiciales extranjeros para la práctica de diligencias en el territorio nacional, con la asistencia de un funcionario judicial colombiano y del representante del Ministerio Público.

Se aprecia que la autoridad a cargo brindar la cooperación es la **Fiscalía General de la Nación** previéndose la posibilidad de **crear un órgano especializado –téngase en cuenta la disposición al respecto en la Convención de la ONU-**.

En relación con las medidas de extinción, expresamente el art. 507 dispone que

La extinción del derecho de dominio o cualquier otra medida que implique la pérdida o suspensión del poder dispositivo sobre bienes podrá ejecutarse en Colombia por orden de autoridad extranjera competente.

La decisión que ordena la extinción del derecho de dominio, comiso o cualquier medida definitiva, será puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación. Esta determinará, mediante decisión interlocutoria, si procede la medida solicitada, caso en el cual la enviará al juez competente para que decida mediante sentencia.

El Fiscal General de la Nación podrá crear un fondo de asistencia judicial internacional al que se lleven estos recursos.

En ningún caso podrán desmejorarse las facultades reconocidas por la ley colombiana a quienes resulten afectados con la decisión de extinción de dominio.

Se reconoce expresamente la posibilidad que un Estado extranjero ejecute medidas de recupero en Colombia. **Esta posibilidad queda sujeta a la aprobación de la Fiscalía General que, luego, remitirá la solicitud al juez competente.**

Por otro lado, limita la intensidad de estas medidas estando vigentes las garantías reconocidas en el derecho interno.

3 Organos

Se advierte que existen numerosos organismos vinculados con acciones de recupero en Colombia, por ello clarificaremos un tanto el panorama actual. Igualmente cabe mencionar que se crearon organismos especializados para casos trascendentes³⁰⁵ y que los órganos controladores tienen el deber de informar elementos para la procedencia de la acción de extinción³⁰⁶.

³⁰⁵ Esto sucedió en el caso Foncolpuertos donde se constituyó un organismo especial. Al respecto transcribimos una nota de prensa “A partir de mañana y durante los próximos dos años, el Estado empezará a recuperar recursos por 1.500 millones de pesos, provenientes de devoluciones que tendrán que hacer 48 pensionados de la extinta empresa estatal Puertos de Colombia.

Este es el primer resultado que presenta la Unidad Interadministrativa de Anticorrupción para el caso de Foncolpuertos, que es liderada por la Vicepresidencia de la República.

Así lo dieron a conocer hoy el vicepresidente Francisco Santos Calderón y el ministro de la Protección Social, Diego Palacio, en una conferencia de prensa en la que explicaron que a partir de mañana estos pensionados recibirán la notificación al respecto.

A partir de la fecha de notificación, los 48 jubilados recibirán medio salario mínimo mensual (166.000 pesos), hasta que completen el pago de los recursos que obtuvieron de manera fraudulenta.

Por ejemplo: un pensionado cuya mesada fue de 3 millones 778 mil 537 pesos y que recibió 122 millones 800 mil pesos por fallos fraudulentos, deberá reintegrar dichos recursos en 34 cuotas mensuales, de a 3 millones 618 mil pesos cada una.

A este primer paquete se sumará otro que permitirá completar la recuperación de recursos por 700 mil millones de pesos durante los próximos tres años, una vez sean revisados alrededor de 3.500 procesos, para lo cual el Gobierno fijó un tiempo de seis meses.

Santos advirtió que estos son apenas los primeros resultados de las investigaciones de uno de los hechos de corrupción más sonados del país, que llevará, una vez concluya, a casos de extinción de dominio por engaño al erario público.

‘En poco tiempo de funcionamiento de la Unidad Especial para el caso de Foncolpuertos, nos hemos dado cuenta de que se puede recuperar mucha plataç’, aseguró Santos.

El Ministro de la Protección Social explicó que muchas de las pensiones que empezaron a cancelarse desde hace cinco años, fueron incrementadas de manera fraudulenta con información falsa y con el concurso de jueces y funcionarios corruptos.

Esta decisión es posible gracias a la revisión que realizó de manera ágil el Tribunal Superior de Bogotá, el cual creó una Sala de Descongestión para revisar las sentencias que en contra del Estado se produjeron por casos de la extinta empresa oficial. Dicha Sala también revisará las 3.500 sentencias restantes.

3.1 Contraloría General de la República³⁰⁷

La Contraloría General de la República (CGR) es el máximo órgano de control fiscal del Estado teniendo como misión el buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado, mediante acciones de mejoramiento continuo en las distintas entidades públicas. Posee autonomía administrativa y presupuestaria³⁰⁸.

Si la Contraloría en desarrollo de la labor investigativa o de auditoría establece la existencia de hechos que pueden configurar violación al régimen penal o disciplinario están en la obligación de dar traslado a los organismos

El Vicepresidente hizo un llamado para que los pensionados denuncien a los abogados, jueces y funcionarios corruptos que, con información y soportes falsos, promovieron la aprobación de pensiones ilegales. Recordó que para protegerlos existe la Ley de Beneficios. Para investigar cada sentencia relacionada con el caso de Foncolpuertos, el Gobierno Nacional conformó una Unidad Interinstitucional, conformada por funcionarios del Consejo Superior de la Judicatura, del Ministerio de la Protección Social, la Fiscalía y la Unidad de Lucha contra la Corrupción, entre otras entidades. El propósito es encontrar a los culpables y recuperar parte de los cerca de 4 billones de pesos que fueron robados al erario público a través de acciones fraudulentas”.

³⁰⁶ La Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero regulada por la ley 526 de 1999 tiene el deber de “Comunicar a las autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercer la acción de extinción del dominio cualquier información pertinente dentro del marco de la lucha integral contra el lavado de activos y las actividades descritas en el [artículo 2](#) de la Ley 333 de 1996”.

³⁰⁷ <http://www.contraloriagen.gov.co>.

³⁰⁸ Dispone la Constitución Política en su Artículo 267, incisos 1 a 5 que "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. La vigilancia de la gestión fiscal del estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

competentes. Este deber de colaboración es recíproco, ya que todas las entidades Públicas están en la obligación de suministrar la información que requiera la Contraloría en el desarrollo de sus funciones. En consecuencia, es un organismo con la clara función de dar el primer paso en la detección de hechos de corrupción y que posee el deber de comunicarlo a las autoridades encargadas de la adopción de medidas de recupero.

También, tiene a su cargo el deber de establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares que causen, por acción o por omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado. Por lo tanto, se encarga de las acciones de responsabilidad civil. Esta entidad cuenta con una dependencia encargada directamente de investigar estos hechos relacionados que es la **Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva**. En consecuencia, tiene la competencia para realizar una acción en procura de obtener la **reparación civil**.

3.2 Fiscalía General de la Nación³⁰⁹

La Fiscalía General se encarga de investigar los delitos, calificar los procesos y acusar ante los jueces y tribunales competentes a los presuntos infractores de la ley penal, ya sea de oficio o por denuncia³¹⁰. Es una entidad de la rama judicial del poder público con plena autonomía administrativa y presupuestal³¹¹.

La capacidad de investigación de este órgano se ve fortalecida porque todas las entidades estatales están en la obligación de colaborar con las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación.

³⁰⁹ <http://www.fiscalia.gov.co/pag/entidad/organig/paginas/uextdom.htm>

³¹⁰ El art. 250 de la Constitución Política dispone en su inciso 1° que “Corresponde a la Fiscalía General de la Nación de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

³¹¹ Se dispone en el art. 249 de la Constitución que “La Fiscalía General de La Nación estará integrada por el Fiscal General de la Nación, los fiscales delegados y los demás funcionarios que determine la ley [...]

La Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial y tendrá autonomía administrativa y presupuestal”.

A través de la Resolución No. 0227 de febrero de 1998, se crea la **Unidad Nacional Anticorrupción, adscrita a la Dirección Nacional de Fiscalías**, cuya función principal es investigar delitos contra la administración pública de trascendencia nacional. Igualmente cada una de la Direcciones Seccionales de Fiscalías establecidas en todos los Departamentos del País, cuenta con Unidades Especiales encargadas exclusivamente de la investigación de estas conductas.

Asimismo, se prevé **una unidad encargada del lavado de activos y de la extinción** de dominio procurando de este modo la especialización y la estandarización de los procedimientos.

Este órgano tiene la competencia para realizar la medida de extinción de dominio.

3.3 Procuraduría General de la Nación –Ministerio Público-

Es un organismo de control que conforma el Ministerio Público, su función es velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas y ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones. Asimismo, debe intervenir en los procesos a fin de proteger el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

Tiene diferentes **Unidades Especiales (Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, Procuraduría Delegada para la Contratación Estatal y Procuraduría Delegada para la Función Pública)**, encargadas de investigar disciplinariamente a los funcionarios públicos o particulares que cumplan funciones públicas, por conductas relacionadas con corrupción administrativa. Estas Unidades cuentan con la facultad disciplinaria para el adelantamiento de las investigación y la imposición de las sanciones a que hubiere lugar y para el desarrollo de dichos proceso se les atribuye funciones de policía judicial, lo cual les permite allegar todas las pruebas conforme lo establece el Código de Procedimiento penal y el Civil.

En el caso de establecerse conductas violatorias de Derecho penal, están obligadas a enviar toda la documentación y suministrar la información disponible a la Fiscalía y a la Contraloría.

Esta entidad tiene la competencia para realizar **medidas administrativas**, y cuando haya elementos para acciones de extinción y de responsabilidad civil deberá realizar el traslado a las autoridades correspondientes.

3.3.1 Convenio de Coordinación

Se realizó un convenio entre estos órganos para facilitar la colaboración, garantizando el acceso a la información, el traslado de elementos probatorios, la creación de grupos de trabajo, la mejor respuesta en las denuncias –ya que seguramente muchas se dirigen al órgano incompetente- y el desarrollo de acciones conjuntas.

Convenio Celebrado entre la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación El objeto del convenio consiste en aunar esfuerzos entre la Procuraduría, la Fiscalía y la Contraloría, para que en el ámbito de sus competencias complementen sus acciones de investigación y sanción de las conductas que afecten los ingresos patrimoniales del Estado.

Objetivos Generales

1. *Establecer los instrumentos que permitan a las entidades firmantes del presente convenio, el fácil acceso a la información, y en los términos que establece la ley realizar el traslado de pruebas correspondientes.*
2. *Crear grupos de trabajo con carácter preventivo en la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República para realizar acciones conjuntas de control. El trabajo de estos grupos también podrá tener el apoyo de la Fiscalía en el ámbito de sus competencias.*
3. *Organizar y coordinar el manejo de las denuncias y quejas que los particulares, las entidades públicas o privadas formulen, con el propósito de garantizar la oportunidad, confiabilidad y agilidad en el trámite de las mismas, y aumentar la capacidad de respuesta de los organismos de control.*
4. *Articular las actuaciones de los tres organismos, para que en desarrollo de cada una de sus competencias, realicen acciones conjuntas para investigar y sancionar las conductas que afecten al erario.
Cooperar recíprocamente para implementar acciones a fin de vincular activamente a la comunidad en el control social de la gestión pública.*

3.4 Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción³¹²

Este Programa se originó porque el Presidente de la República encargó al Vicepresidente el diseño e implementación de una estrategia específica de lucha frontal contra la corrupción.

El Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción es la organización responsable al interior de la Presidencia de la República de coordinar la implementación de las **políticas gubernamentales orientadas a disminuir la corrupción en la Administración Pública**. Entre sus funciones se encuentra el asesoramiento, la investigación, la elaboración e implementación de proyectos, el vínculo con la sociedad civil, la reforma legal e institucional, la recepción y seguimiento de denuncias y el monitoreo.

Este programa ha tenido como objetivo la **coordinación inter-institucional** de los otros órganos para mejorar sus objetivos.

3.5 Policía especializada³¹³

La policía colombiana ha previsto un grupo especializado en delitos contra la corrupción, que entre sus funciones tiene la realización de investigaciones; colaborar con la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía; cuantificar el detrimento patrimonial en contra del Estado; individualizar, identificar y capturar a los responsables para dejarlos a disposición de la autoridad competente y recepcionar denuncias.

³¹² <http://www.anticorrupcion.gov.co>

³¹³ <http://www.policia.gov.co/inicio/portal/unidades/dijin.nsf/paginas/Anticorrupcion>.

Anexo. Nuevo Proyecto de Ley³¹⁴

En este nuevo proyecto se intenta mejorar la técnica y la redacción legislativa.

Se eliminan como objeto de la presente ley a los bienes encubridores y a los afectados en un proceso penal, pero se deja un tipo legal abierto en el art. 2 inc. 5 para abarcar futuras causales definidas por la legislación.

Se establece la protección de tercero de buena fe a título oneroso; pero en el caso del adquirente a título gratuito o a precio vil, se deberá demostrar la buena fe exenta de culpa –cualificada-

En el caso de la sucesión por *mortis causae*, se considera que el derecho de propiedad está viciado de nulidad absoluta, pudiendo ser declarado por el juez de la Sucesión de oficio.

Se establece expresamente la competencia contencioso administrativa siendo amplia la legitimación activa –incluye a la fiscalía como a órganos administrativos-.

Regula un plazo de caducidad de 40 años desde la adquisición del dominio.

En cuanto a la litispendencia se plantea la independencia de esta acción con el proceso penal, pero disponiendo que se podrá promover la acción de extinción cuando no se produjo aun en el proceso penal. Se considera que la sentencia condenatoria, que declara la ilicitud en la adquisición del dominio de bienes, debe ser utilizada como prueba plena e irrefutable para la procedencia de la acción de extinción de dominio. Sin embargo, la absolución o la falta de declaración de la ilicitud no hacen cosa juzgada en el proceso de extinción. Debe agregarse que se admite el dictado de medidas cautelares desde el fin del proceso penal.

Asimismo, se incluye una disposición ilógica al privilegiar el derecho de una víctima de un daño ocasionado por el titular de los bienes extinguidos. No se entiende porque razón se privilegia a cualquier persona que fue dañada, independientemente de la conducta delictiva vinculada con los bienes que son objeto de la medida de extinción. Además, el titular afectado estaría respondiendo con bienes que en realidad no tenía derecho a poseer y no formaban parte de su patrimonio. Sólo podría comprenderse esta disposición si por víctima entendemos a la persona afectada por la conducta delictiva vinculada con los bienes que son objeto de la medida de extinción.

El auto admisorio del juez ya limita la posibilidad de disponer de los bienes e inscribe registralmente la demanda, actuándose *in audita parte*.

Se prevé un procedimiento menos manejado por el fiscal asimilándose a un proceso civil y las lagunas procedimentales son cubiertas por los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil.

CAPITULO I DE LA EXTINCION DEL DOMINIO

³¹⁴ El Ministro de Justicia y del Derecho, Carlos Eduardo Medellín Becerra.

ARTICULO 1º. DEL CONCEPTO.- Para los efectos de esta ley, se entiende por extinción del dominio, la pérdida de este derecho en favor del Estado y sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

ARTICULO 2º. DE LAS CAUSALES.- Habrá lugar a declarar por sentencia judicial la extinción del derecho de dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público, con grave deterioro de la moral social, o de aquellos que no se hayan adquirido con arreglo a las leyes civiles, en cualquiera de los siguientes casos:

1o. Cuando la adquisición de los bienes se origine en una conducta ilícita que constituya un hecho punible o cuando los bienes sean utilizados como medio o instrumento para la comisión de un delito;

2o. Cuando judicialmente se haya declarado la ilicitud del origen de los bienes;

3o. Cuando se trate de bienes adquiridos con los beneficios obtenidos de conductas o actividades de servidores públicos que hubieren generado detrimento patrimonial a cualquier entidad estatal;

4o. Cuando exista un incremento patrimonial no justificado;

5o. En los casos que expresamente señale la ley como circunstancias de grave deterioro de la moral social.

ARTICULO 3º. DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR ACTO ENTRE VIVOS.- Tratándose de bienes transferidos por acto entre vivos, procederá la extinción del dominio cuando un tradente los haya adquirido en los casos contemplados en el artículo segundo y los adquirentes hubieren actuado con dolo o culpa grave respecto del conocimiento de las causales anteriores. No obstante, cuando la adquisición sea a título gratuito o por un valor inferior al cincuenta por ciento (50%) del valor comercial de los bienes, deberá demostrarse la buena fe exenta de culpa.

En los casos en que se hubiere constituido fiducia o encargo fiduciario sobre los bienes respecto de los cuales se pretenda la extinción del dominio, bastará para su procedencia que las causales señaladas en este artículo se prediquen del encargante o constituyente, sin perjuicio de los derechos de la fiduciaria a su remuneración ni de los de beneficiarios y terceros, siempre que hubieren actuado con buena fe exenta de culpa.

ARTICULO 4º. DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR CAUSA DE MUERTE.- En la sucesión por causa de muerte, estarán viciadas de nulidad absoluta, declarable incluso de oficio por la autoridad judicial competente para conocer del proceso regulado en esta ley, las particiones referentes a bienes adquiridos por el causante en las condiciones señaladas en el artículo segundo y será procedente la extinción del dominio de los mismos.

ARTICULO 5º. DE LOS BIENES EQUIVALENTES.- Cuando no resultare posible ubicar, incautar o aprehender bienes determinados sobre los cuales verse un proceso de extinción del dominio, al momento de la sentencia podrá el juez declarar extinguido el dominio sobre otros bienes del mismo propietario que tengan un valor equivalente.

ARTICULO 6º. DEL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO.- Para los efectos de esta Ley y salvo prueba en contrario, se entenderá que existe incremento patrimonial no justificado cuando se advierta una desproporción, beneficio, ventaja, aprovechamiento o incremento del patrimonio económico de la persona, siempre que sea injustificado, por una cantidad superior al veinte por ciento (20%). En estos casos, el juez declarará la extinción de dominio sobre los bienes cuya adquisición no pueda ser justificada.

ARTICULO 7º. DE LOS BIENES.- Para efectos de esta Ley, se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio, todo bien o derecho con proyección económica, sea corporal o incorporeal, tangible o intangible, material o inmaterial, real o personal, mueble o inmueble, de crédito, títulos valores, documentos bancarios, financieros o comerciales, derechos de propiedad minera, intelectual e industrial y, en general, cualquier activo de contenido patrimonial con excepción de los derechos personalísimos.

La extinción del dominio también podrá declararse sobre el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata el artículo segundo, los derivados de éstos, sus frutos y sus rendimientos. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito.

CAPITULO II DE LA ACCION DE EXTINCION DEL DOMINIO

ARTICULO 8°. DE LA ACCION DE EXTINCION DEL DOMINIO.- *La acción de extinción del dominio de que trata esta ley es de carácter jurisdiccional contencioso administrativa.*

ARTICULO 9°. DE LA LEGITIMACION.- *La Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Valores y las demás entidades estatales que señale la Ley o el reglamento, de oficio, a petición de cualquier persona, o de las entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales, ejercerán la acción de extinción del dominio sobre los bienes por las causales de que trata la presente Ley.*

Para este efecto, estas entidades dispondrán la conformación de unidades especializadas, mediante la reubicación de servidores de su planta de personal, que adelantarán las investigaciones necesarias para fundamentar las pretensiones de la demanda, iniciar y culminar el proceso.

Las entidades estatales ordenarán el ejercicio de la acción de extinción de dominio mediante acto administrativo motivado cuya notificación se hará por publicación en el Diario Oficial o en un periódico de amplia circulación nacional. Contra este acto administrativo no procederá recurso alguno en vía gubernativa y su legalidad sólo podrá revisarse y cuestionarse en el proceso de extinción de que trata esta Ley.

La acción de extinción del dominio regulada en esta Ley, es de carácter real y se ejercitará en contra del titular real, presunto o beneficiario de los bienes, sin interesar quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.

ARTICULO 10°. DE LA CADUCIDAD.- *La acción de extinción del dominio caducará en el término de cuarenta (40) años contados desde la adquisición de los bienes.*

ARTICULO 11°. DE LA AUTONOMIA.- *La acción de extinción del dominio es distinta e independiente de la acción penal.*

En los casos en que la adquisición de los bienes se origine en una conducta ilícita que pueda constituir un hecho punible y estuviere en curso un proceso penal en el cual se hubieren vinculado bienes, las entidades estatales legitimadas sólo podrán promover la acción consagrada en esta Ley, si en el proceso penal no se hubiere extinguido el dominio sobre los bienes considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del delito, o se hubiere declarado sólo sobre una parte de éstos.

La providencia condenatoria y la que declare la ilicitud de la adquisición del dominio de los bienes en un proceso penal serán prueba plena e irrefutable de la ilícita procedencia de los bienes. La providencia absolutoria o la que no declare la ilicitud del origen de los bienes o la extinción del dominio, no impedirá el ejercicio de la acción consagrada en esta Ley. El funcionario competente para conocer del proceso penal, en los casos contemplados por la Ley, decretará las medidas preventivas sobre los bienes, las cuales estarán vigentes hasta la conclusión del proceso de extinción del dominio consagrado en esta ley.

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de declarar la extinción del dominio en el proceso penal o de aplicar las demás medidas autorizadas por el ordenamiento jurídico.

CAPITULO III DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHOS DE TERCEROS.

ARTICULO 12°. DEL DEBIDO PROCESO.- *En el ejercicio y trámite de la acción de extinción del dominio se garantizará el debido proceso, el derecho de defensa y la plenitud de las formas.*

ARTICULO 13°. DE LA PROTECCION DE DERECHOS.- *Durante el procedimiento se garantizarán y protegerán los derechos de las personas y de los terceros, para cuyo efecto, no podrá declararse la extinción del dominio:*

- 1o. En detrimento de los derechos de los titulares legítimos y terceros de buena fe exenta de culpa;*
- 2o. Si no existiere plena prueba de la causal o causales contempladas en el artículo segundo de esta ley;*
- 3o. Si no se hubiere garantizado el debido proceso y el derecho de defensa.*

PARAGRAFO. *Los titulares legítimos y terceros de buena fe exenta de culpa deberán comparecer al proceso dentro de las oportunidades pertinentes y, en todo caso, estarán representados por curador ad litem, quien igualmente representará a las personas indeterminadas con sujeción a lo previsto en esta ley.*

ARTICULO 14°. DE LAS VICTIMAS.- *Toda persona y sus causahabientes forzosos a quienes se les hubiere causado un daño por el titular de los bienes cuyo dominio haya sido extinguido conforme a esta Ley, tendrá derecho preferencial a la reparación sobre los mismos, siempre que dicho daño sea causado con anterioridad al ejercicio de la acción y reconocido, aún posteriormente, mediante sentencia judicial ejecutoriada*

Si los bienes hubieren ingresado al patrimonio del Estado, éste reembolsará a las víctimas el monto de la indemnización hasta concurrencia del valor de aquéllos, para lo cual, formularán solicitud en tal sentido acompañada de copia autenticada de la sentencia ejecutoriada en la que le reconoce el derecho y tasa el daño, y de la sentencia que declaró la extinción del dominio, siendo aplicable en este evento lo dispuesto por el artículo 177 del C.C.A.

En todo caso, el Estado se subrogará en los derechos que reconozca la sentencia judicial a quien reciba un pago, según lo previsto en el inciso anterior, por la cuantía de lo pagado, y perseguirá el patrimonio de la persona obligada a resarcir el daño a que se refiera la correspondiente sentencia judicial, con los mismos derechos reconocidos al beneficiario en dicha sentencia.

CAPITULO IV DE LA JURISDICCION Y COMPETENCIA.

ARTÍCULO 15°. DE LA JURISDICCION.- *De la acción de extinción del dominio conocerá privativamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

ARTICULO 16°. DE LA COMPETENCIA.- *Para el conocimiento en primera instancia y de manera privativa del proceso de extinción del dominio y el cumplimiento de las funciones asignadas en esta Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85, numeral 5o. de la Ley 270 de 1.996 el Consejo Superior de la Judicatura dispondrá la creación de un Tribunal Administrativo con sede en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., o la de una Sala Especializada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que será integrada por siete (7) Magistrados y los demás servidores que garanticen su idónea, eficiente y oportuna aplicación.*

La sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conocerá en segunda instancia.

PARAGRAFO.- *Mientras se crea e integra el Tribunal o la Sala de que trata el presente artículo, la sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca conocerá privativamente y en primera instancia del proceso de extinción del dominio.*

CAPITULO V DEL PROCEDIMIENTO

ARTICULO 17°. DEL PROCEDIMIENTO.- El procedimiento de la acción de extinción del dominio, se sujetará a las disposiciones especiales contenidas en la presente ley.

ARTICULO 18°. DE LA DEMANDA.- La demanda contendrá los siguientes requisitos:

- a) Identificación, domicilio y representación legal de la entidad estatal demandante;
- b) Nombres y apellidos, identificación y domicilio del titular presunto, del real y de los terceros con interés en la causa, según el caso;
- c) Indicación de la causal por la cual se solicita la extinción del dominio con la enunciación de los motivos y su explicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30° de esta Ley;
- d) La identificación del bien o bienes, estimación de su valor o de los bienes o valores equivalentes;
- e) La petición de pruebas, acompañando las que tenga en su poder, y
- f) La dirección del lugar para recibir notificaciones.

ARTICULO 19°. DE LOS ANEXOS.- A la demanda se anexará copia del acto administrativo que ordenó la iniciación del proceso de extinción con la constancia de su notificación por publicación en el Diario Oficial o en un periódico de amplia circulación nacional y cuando verse sobre el dominio de bienes o derechos sujetos a registro, un certificado expedido por la autoridad registral competente. De la demanda y de sus anexos se acompañarán tantas copias cuantos sean los demandados, copia para el traslado al agente del Ministerio Público y copia simple para archivo.

ARTICULO 20°. DEL REPARTO.- El reparto de la demanda se hará el mismo día o a más tardar el siguiente hábil. Recibida por el tribunal, el presidente hará el reparto el día hábil siguiente y el ponente decidirá sobre su admisión dentro de los dos (2) días hábiles posteriores.

ARTICULO 21°. DE LA ADMISION.- En el auto admisorio se ordenará:

- 1o. La notificación personal al demandado, al agente del Ministerio Público, a los terceros cuya identificación y lugar para recibir notificaciones se hayan expresado en la demanda y, cuando ésta verse sobre bienes sujetos a registro, la de las personas que en el certificado respectivo figuren como titulares actuales de derechos reales principales y accesorios, siempre que respecto de éstos se conozca su domicilio y lugar para recibirla;
- 2o. El emplazamiento de terceros, de los titulares actuales de derecho real principal o accesorio que figuren en el certificado registral respectivo cuando la demanda verse sobre éstos y no se conozca su domicilio y lugar para recibir notificaciones y el de las personas indeterminadas con interés en la causa;
- 3o. El registro de la demanda respecto de bienes sujetos a registro, si en la demanda no se solicitare el embargo y secuestro.
- 4o. La prevención al demandado, titular real o presunto de los bienes y a los terceros en general, de la suspensión del poder dispositivo respecto de éstos y que no podrá adquirirse, transferirse ni constituirse derecho alguno sobre éstos.
- 5o. La fijación en lista por cinco (5) días, una vez cumplido el término de notificación y del emplazamiento, con la prevención de que en este término se podrá contestar la demanda y solicitar pruebas.

ARTICULO 22°. DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.- Desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, el demandante podrá pedir la práctica de medidas cautelares de los bienes sobre los cuales pretende la extinción del dominio y de los bienes equivalentes, para lo cual, se observarán las reglas contenidas en el Libro IV, Título XXXV, del Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 23°. DE LAS NOTIFICACIONES.- El auto admisorio de la demanda se notificará personalmente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su expedición.

ARTICULO 24°. DEL EMPLAZAMIENTO.- Transcurrido el término de que trata el artículo anterior, si no fuere posible o no se hubiere practicado la notificación personal al demandado, al agente del Ministerio Público, a los terceros y a quienes figuren como titulares actuales de derechos reales principales y accesorios, se procederá a su emplazamiento y al de las personas indeterminadas mediante edicto que se fijará por el término de ocho (8) días en un lugar visible de la secretaría y se publicará dentro de este término por dos (2) veces con intervalos no menores de dos (2) días comunes en un diario de amplia circulación nacional.

Copia del edicto se remitirá por correo certificado a la dirección del demandado, si fuere conocida y si la demanda versa sobre bienes inmuebles a la de ubicación de éste.

El edicto contendrá, además de la pretensión de extinción del dominio demandada, la prevención general de que no podrá adquirirse, transferirse ni constituirse derecho alguno sobre los bienes que identificará y el llamamiento de quienes se crean con interés para concurrir al proceso que podrán hacerlo dentro de los tres días siguientes a la desfijación del edicto.

Cumplidas las anteriores formalidades sin que se presente alguno de los demandados o de los terceros a los que se refieren los numerales 1o., 2o. y 4o. del artículo 21 de la presente Ley, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de fijación del edicto en secretaría se le designará un curador al litem a quien se notificará el auto admisorio de la demanda y quien igualmente representará a las personas indeterminadas.

Las personas que concurran al proceso en virtud del emplazamiento, podrán contestar la demanda y ejercer las demás facultades dentro del término previsto en el artículo 26. Las que se presenten con posterioridad, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre.

ARTICULO 25°. DE LA INTERVENCION DE TERCEROS.- En los procesos de que trata esta ley, será procedente la intervención de terceros, en los términos del Artículo 146 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con lo señalado en esta ley.

ARTICULO 26°. DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.- Dentro del término de fijación en lista, el demandado, los terceros, las personas que comparezcan al proceso, el agente del Ministerio Público y el curador ad litem, podrán contestar la demanda, interponer excepciones, cuestionar la legalidad del acto administrativo que ordenó la iniciación del proceso, solicitar la práctica de pruebas y deberán anexar las documentales que tengan en su poder.

ARTICULO 27°. DEL TERMINO PROBATORIO.- Las pruebas que las partes e intervinientes soliciten, se decretarán junto con las que de oficio ordene el ponente, mediante auto que se proferirá el día siguiente al del vencimiento del término de fijación en lista de que trata el numeral quinto del artículo veintiuno.

El término probatorio será de veinte (20) días que se contarán desde el siguiente al de expedición del auto que las decreta y podrá prorrogarse por una sola vez por término no mayor a diez (10) días a petición fundada de alguna de las partes o del agente del Ministerio Público.

Serán admisibles todos los medios probatorios contemplados en el Código de Procedimiento Civil, y su aportación y práctica al proceso podrá ser decretada de oficio en cualquier estado del proceso y hasta antes de que se dicte sentencia.

En estos procesos, se decretará de oficio dictamen pericial para constatar el valor de los bienes, el producto derivado, el valor de los bienes equivalentes y las demás circunstancias pertinentes. El dictamen es inobjetable pero las partes podrán solicitar dentro de los tres (3) días siguientes a su rendición, su aclaración y adición, la cual se emitirá dentro de los tres (3) días posteriores al auto que la ordene, contra el

cual no procede recurso alguno. Los términos para la posesión de los peritos, la práctica del avalúo de los bienes y la emisión del dictamen no podrán exceder del fijado para la práctica de pruebas en esta Ley.

ARTICULO 28°. DE LOS TERMINOS PARA ALEGAR.- *Practicadas las pruebas o vencido el período probatorio, se ordenará correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de cinco (5) días para la presentación de los alegatos de conclusión y del respectivo concepto.*

ARTICULO 29°. DE LA PERENTORIEDAD DE LOS TERMINOS.- *La inobservancia de los términos y oportunidades señalados en esta ley constituye causal de mala conducta sancionable con destitución del cargo que será impuesta por la autoridad competente.*

ARTICULO 30°. DE LA SENTENCIA.- *Transcurrido el término del traslado para alegar de conclusión, el proceso ingresará al despacho al día hábil siguiente; el ponente deberá registrar proyecto de sentencia dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que haya entrado el negocio para fallo, y éste deberá proferirse dentro del término improrrogable de diez (10) días contados desde la fecha en que se registró el proyecto.*

La sentencia examinará, aún de oficio, la legalidad del acto administrativo que ordenó el ejercicio de la acción y declarará la extinción del dominio cuando exista plena prueba de alguna de las causales contempladas en esta Ley, así no se hubiere invocado expresamente en la demanda. Igualmente impondrá la condena al pago en favor del Estado, de todos los costos y gastos en que éste haya incurrido por causa de la extinción del dominio.

El contenido de la sentencia, en lo pertinente, se sujetará a lo dispuesto por el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo y será notificada en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que se profirió.

Si la sentencia declara la extinción del dominio, sin perjuicio de los derechos de titulares legítimos y de terceros de buena fe que se hubieren acreditado en proceso, ordenará la cancelación de las limitaciones, desmembraciones, gravámenes, embargos, registros de demanda, inmovilizaciones e inscripciones que recaigan sobre los bienes y su inscripción en el registro competente sin costo alguno para el Estado.

La sentencia que declare la extinción del dominio sobre los bienes o sobre los bienes equivalentes o sobre el valor comercial de éstos, una vez en firme producirá efectos "erga omnes" y prestará mérito ejecutivo en contra del demandado, del titular o beneficiario real y de los causahabientes que no sean de buena fé exenta de culpa.

Si la sentencia no declara la extinción del dominio, el acto administrativo que hubiere ordenado el ejercicio de la acción cesará en sus efectos, y no impedirá iniciar nuevo proceso si se tratare de hechos diferentes o sobrevinientes o aparecieren nuevas pruebas.

ARTICULO 31°. DE LOS RECURSOS.- *Contra las providencias proferidas en el trámite del proceso, sólo procederá el recurso de reposición y, en su caso, el de súplica.*

Los recursos contra autos se propondrán dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación y se resolverán de plano dentro de los dos (2) días posteriores a su interposición.

Frente al auto que admite la demanda no habrá recurso alguno; contra el que la inadmite y el que deniegue alguna prueba podrá interponerse el recurso de súplica ante el resto de los magistrados y, contra la sentencia que decreta la extinción del dominio procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo. La sentencia que se abstenga de decretarla será consultada con el superior.

PARAGRAFO: *En ningún caso procederá recurso extraordinario alguno en contra de la sentencia.*

ARTICULO 32°. DE LA ENTREGA.- *Si la sentencia declara la extinción del dominio de los bienes y éstos no estuvieren en poder del Estado, ordenará su entrega definitiva a quien corresponda y, ejecutoriada,*

comisionará para la diligencia que se practicará de preferencia por el comisionado dentro de los diez (10) días siguientes a la providencia respectiva.

ARTICULO 33°. DE LA PERSECUCION DE BIENES.- El Estado podrá perseguir bienes de los que sea titular o beneficiario real, la persona contra quien se adelantó la acción o sus causahabientes que no sean de buena fe exenta de culpa y hasta concurrencia del valor por el cual se decretó la extinción.

CAPITULO VI DE LA SUSPENSION DEL PODER DISPOSITIVO

ARTICULO 34°. DE LA SUSPENSION DEL PODER DISPOSITIVO.- Desde la admisión de la demanda de extinción, no podrá adquirirse ni transferirse el dominio de los bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno ni celebrarse acto, contrato o negocio jurídico alguno respecto de éstos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe exenta de culpa.

PARAGRAFO.- Sobre los bienes adquiridos en las condiciones señaladas en el artículo 2o. de esta Ley, no procederá la constitución de patrimonio de familia ni la afectación a vivienda reguladas por la ley.

CAPITULO VII DE LOS INCENTIVOS

ARTICULO 35°. DE LOS INCENTIVOS A LOS PARTICULARES.- Cuando las entidades estatales hubieren iniciado la acción contemplada en esta Ley a solicitud de los particulares y en el proceso se decreta la extinción del dominio, el Estado les reconocerá, a título de recompensas, un porcentaje de participación sobre el valor de los bienes.

Sin perjuicio de lo que disponga el reglamento, concluido el proceso, el particular formulará solicitud ante el administrador del Fondo para la Lucha contra la Corrupción, el Hampa y el Crimen Organizado o la entidad que haga sus veces, acompañada de copia auténtica de la sentencia ejecutoriada que decreta la extinción del dominio y del avalúo que se hubiere practicado en el proceso.

En todo caso, la participación no podrá exceder de un treinta por ciento (30%) del valor de los bienes que efectivamente hubieren ingresado al patrimonio del Estado y se reconocerá por acto administrativo motivado teniendo en cuenta la naturaleza, eficacia y calidad de la colaboración del particular, de los informes y pruebas que hubiere suministrado para iniciar el proceso y las demás circunstancias a que hubiere lugar. Su pago se hará en los términos previstos para el pago de las condenas impuestas al Estado y con sujeción al procedimiento previsto por la ley.

ARTICULO 36°. DE LOS INCENTIVOS A LAS ENTIDADES ESTATALES.- Lo dispuesto en el artículo anterior será aplicable en aquellos casos en que la entidad estatal ejerza de oficio la acción de extinción del dominio, y su participación equivaldrá a un treinta por ciento (30%) del valor de los bienes que efectivamente hubieren ingresado al patrimonio del Estado, que se reconocerá por acto administrativo motivado expedido por el Fondo para la Lucha contra la Corrupción, el Hampa y el Crimen Organizado.

CAPITULO VIII DE LA COOPERACION INTERNACIONAL

ARTICULO 37°. DE LA COOPERACION INTERNACIONAL.- Cuando las entidades estatales hubieren iniciado la acción contemplada en esta Ley a solicitud de entidades o autoridades extranjeras u organismos internacionales, de conformidad con el principio de reciprocidad y lo dispuesto en los tratados, acuerdos y convenios internacionales, el Estado, les reconocerá las recompensas, incentivos y participaciones a que hubiere lugar.

CAPITULO IX DEL FONDO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION, EL HAMPA Y EL CRIMEN ORGANIZADO

ARTICULO 38°. DE LA CREACION DEL FONDO PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION, EL HAMPA Y EL CRIMEN ORGANIZADO.- Créase el Fondo para la Lucha contra la Corrupción, el Hampa y el Crimen Organizado, que funcionará como una cuenta especial sin personería jurídica que será

administrado por la Dirección Nacional de Estupefacientes, de acuerdo con las políticas trazadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

Los bienes objeto de extinción del dominio, deducidas las participaciones de que tratan los artículos 35 y 36 de la presente ley, según el caso, formarán parte de los recursos de este Fondo.

PARAGRAFO 1°.- Durante el desarrollo del proceso, la Dirección Nacional de Estupefacientes, podrá destinar en forma provisional los bienes sobre los cuales esté vigente una medida cautelar, a las entidades oficiales o instituciones de beneficio común legalmente reconocidas. Los gastos de conservación estarán a cargo de la entidad destinataria.

PARAGRAFO 2°.- Desde la admisión de la demanda de extinción del dominio, la Dirección Nacional de Estupefacientes, previa autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, podrá enajenar tales bienes si seriere necesario en razón de lo oneroso de su administración y custodia o celebrar contratos de administración con entidades públicas o privadas sometidas a vigilancia estatal.

En el evento en que los bienes hubiesen sido enajenados y se ordenare su devolución mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada, el Fondo reconocerá el precio de la venta con actualización de su valor, sin perjuicio de las acciones consagradas en la Ley.

PARAGRAFO 3°.- Dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley, el Gobierno Nacional, procederá a reestructurar la Dirección Nacional de Estupefacientes, para el cumplimiento de las funciones que se le asignan.

ARTÍCULO 39°. DE LA DISPOSICION Y DESTINACION DE LOS BIENES.- *Los bienes y recursos que ingresen al Fondo con ocasión de la sentencia que decreta la extinción del dominio de los mismos, serán asignados por el Consejo Nacional de Estupefacientes para financiar los programas de educación, prevención y rehabilitación en el marco del problema de la droga y en la promoción de la cultura de la legalidad.*

También podrán asignarse para la realización de programas de desarrollo alternativo para la erradicación de cultivos ilícitos, de vivienda de interés social o de reforma agraria.

Los bienes culturales e históricos serán asignados a las entidades estatales pertinentes para los efectos consagrados en la legislación sobre la materia.

CAPITULO X DISPOSICIONES VARIAS

ARTICULO 40°. DEL EJERCICIO TEMERARIO DE LA ACCION.- *Sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, no podrá deducirse responsabilidad alguna del funcionario público u oficial que en cumplimiento de sus obligaciones hubiere ejercido la acción de extinción del dominio con base en indicios graves o hubiere decretado y practicado medidas cautelares, salvo que actuare con culpa grave o dolo.*

ARTICULO 41°. DEL EJERCICIO ESPECIALIZADO.- *La Fiscalía General de la Nación conformará, por reorganización de su planta de personal, una Unidad Especializada para investigar bienes de ilícita procedencia e integrar un registro y control de los procesos en los cuales se inicie y declare la extinción del dominio. Las entidades estatales legitimadas para iniciar la acción y los funcionarios jurisdiccionales competentes para conocer del proceso de extinción del dominio, informarán a la Unidad Especializada de la Fiscalía General de la Nación de la iniciación del proceso dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la admisión de la demanda, con indicación de las partes, bienes y persona o personas contra quienes se promueva, así como de la sentencia que se pronuncie.*

ARTICULO 42°. DEL AMBITO DE APLICACION.- *Esta ley se aplicará en todos los casos en que los hechos o actividades a que se refiere el artículo segundo hayan ocurrido total o parcialmente en Colombia, o cuando los bienes se encuentren ubicados en el territorio nacional.*

Respecto de aquellos bienes situados en el exterior cuyos titulares o beneficiarios reales sean colombianos o

cuando los hechos se hubieren iniciado o consumado en la República de Colombia, se aplicará con sujeción a los tratados o convenios internacionales.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables respecto de tributos e impuestos, ni a propósito de las otras formas de extinción del dominio contempladas en la legislación agraria, minera y ambiental, que se regularán por las leyes sobre el particular.

ARTICULO 43°. DE LA INTEGRACION.- *En los aspectos no contemplados en esta Ley se aplicarán las disposiciones de los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil, en lo que sean compatibles con la naturaleza del proceso y las actuaciones que se realicen en el mismo.*

ARTICULO 44°. AUTORIZACION:- *Autorízase al Gobierno para abrir créditos adicionales, hacer las adiciones y traslados presupuestales que sean necesarios para el cumplimiento de esta Ley.*

ARTICULO 45°. DE LA VIGENCIA.- *Esta ley rige a partir de la fecha de su expedición y tiene efecto general e inmediato.*

La extinción del dominio contemplada en esta Ley, será aplicable igualmente a las situaciones jurídicas existentes con anterioridad a su vigencia que se sitúen en los supuestos fácticos de que tratan los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo.

Estudio de caso "Estados Unidos"

1 Normas reguladoras del decomiso

1.1 Decomiso civil

1.1.1 Concepto de beneficios

1.1.2 Campo de aplicación

1.1.2.1 Lavado de dinero

1.1.2.2 Delitos contra Estados extranjeros

1.1.2.3 Otros delitos con contenido económico

1.1.2.4 Terrorismo

1.1.2.5 Otros delitos en los que procede el decomiso civil

1.1.2.6 Limitaciones del objeto

1.1.3 Regulación del decomiso según el tipo de bienes que son objeto

1.1.3.1 Decomiso contra bienes fungibles

1.1.3.2 Decomiso contra bienes inmuebles

1.1.3.2.1 Procedimiento especial contra bienes inmuebles

1.1.3.3 "Interbank accounts"

1.1.4 Procedimiento general

1.1.4.1 Medidas necesarias para efectivizar el decomiso

1.1.4.1.1 "Search Warrant": Búsqueda e incautación

1.1.4.1.1.1 Liberación de la incautación

1.1.4.1.2 Medidas de protección

1.1.4.1.3 "Ex parte order restraining"

1.1.4.2 Notificación de la incautación

1.1.4.2.1 Excepciones a la notificación

1.1.4.2.2 Consecuencias de la falta de notificación

1.1.4.3 Reclamo del particular notificado

1.1.4.3.1 Procedimiento del reclamo administrativo

1.1.4.4 Demanda judicial

1.1.4.4.1 Carga de la prueba

1.1.4.4.2 Información de instituciones financieras

1.1.4.4.3 Defensa del propietario inocente

1.1.4.4.3.1 Concepto de propietario

1.1.4.4.3.2 Concepto de propietario inocente

1.1.4.4.3.3 Excepciones a la defensa

1.1.4.4.4 El argumento de la desproporcionalidad

1.1.4.4.5 Suspensión del procedimiento de decomiso civil

1.1.4.4.5.1 De oficio

1.1.4.4.5.2 A pedido del particular afectado

1.1.4.4.5.3 Medidas durante la suspensión

1.1.4.4.5.4 Excepciones

1.1.4.4.6 Procedimiento de decomiso civil cuyo actor es un Estado Extranjero

1.1.4.4.7 Prescripción

1.1.5 Disposición de bienes decomisados

1.1.5.1 Custodia

1.1.5.2 Bienes decomisados

1.1.5.3 Bienes Incautados

1.2 Comiso penal

1.3 Publicidad del sistema

2 Organismos

2.1 Secretary of the Treasury

2.2 Attorney General

2.2.1. The Asset Forfeiture and Money Laundering section

2.3 United States Marshals Services

2.4 Assets Forfeiture Management Staff (AFMS)

3. Department of Justice's Asset Forfeiture Program

3.1 2000 *Strategy*

Estudio de caso "Estados Unidos"

Debemos aclarar que hemos parcializado el análisis de la regulación del decomiso civil y penal en Estados Unidos centrándonos en lo que podría ser de interés a la hora de regular este institutos para hechos de corrupción en nuestro ámbito local.

1 Normas reguladoras del decomiso

La regulación del decomiso la encontramos en el **Capítulo 46 –Forfeiture- del Título 18, Parte I –Crimes- del US Code**. Debe tenerse en cuenta que toda la regulación fue modificada por la **Civil Asset Forfeiture Reform Act (CAFRA)**³¹⁵.

1.1 Decomiso civil

El decomiso civil se encuentra regulado en las **secciones 981, 983, 984, 985 y 986 del Capítulo 46**. Esta normativa se complementa con otras disposiciones del **US Code**.

Esta medida procede contra:

- A) Bienes inmuebles.**
- B) Bienes muebles.**
- C) Contra todos los activos, en ciertos supuestos.**

El decomiso civil es una acción *in rem*³¹⁶, ya que se dirige contra cierto bienes por causales que no tienen que ver con conductas individuales, sino con ciertas situaciones objetivas.

³¹⁵ Esta norma fue promulgada por el Presidente Clinton el 25 de Abril del 2000 y cobró efectividad el 23 de Agosto de ese año.

Específicamente esta medida procede contra los bienes

- A) Involucrados en ciertas conductas delictivas**
 - B) Utilizados o que intentaron ser utilizados en ciertas conductas delictivas**
 - C) Beneficios directos o indirectos de ciertas conductas delictivas**
 - D) Representativos del valor de C).**
- Como vemos se valoran sólo hechos y no conductas personales.**

Esta medida es aplicable sólo a determinadas figuras penales que detallaremos en el punto 1.1.2

1.1.1 Concepto de beneficios

Se ha establecido que cuando los bienes, los servicios o las actividades sean ilegales, exista un fraude a los planes de salud estatales o en la venta telefónica, el término beneficios comprenderá a **todo tipo de bien obtenido directa o indirectamente por la comisión del delito y cualquier otro bien**

³¹⁶ Al respecto se ha considerado que “in rem jurisdiction is based on pure legal fiction whereby the ‘thing’ or property is treated as being the guilty party. This legal fiction rests upon the personification theory whereby an inanimate object, (i.e., one’s property), is imbued with a personality and then held accountable for ‘its’ action. In rem proceedings are not altogether absent in other jurisdictions throughout the world, however, the United States, uses it as the exclusive theory and basis of civil forfeiture action. However, all forms of civil (in rem) forfeiture can be traced back to Biblical origin and early English common law whereby the deodand required that the Crown be compensated for the loss of life of one of its subjects caused by an inanimate object (or animal). The price of compensation was, of course the value of the thing”, LOUGHLIN, Peter Joseph, *Does the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Bring a Modicum of Sanity to the Federal Civil Forfeiture System?* Criticando a estas acciones, basándose en la ley anterior, se ha dicho que “[t]hus, officials today can seize a person’s property, real or chattel, without notice or hearing, upon an ex parte showing of mere probable cause to believe that the property has somehow been ‘involved’ in a crime. Neither the owner nor anyone else need be charged with a crime, for the action, again, is against the thing. The allegation of ‘involvement’ may range from a belief that the property is contraband to a belief that it represents the proceeds of crime (even if the property is in the hands of someone not suspected of criminal activity), that it is an instrumentality of crime, or that it somehow ‘facilitates’ crime. And the probable cause showing may be based on nothing more than hearsay, innuendo, or even the paid, self-serving testimony of a party with interests adverse to the property owner”, PILON, Roger, *The Civil Asset Forfeiture Reform Act 1997*.

identificable. Este concepto **no se limitará a la ganancia neta obtenida del delito**³¹⁷.

Creemos que dentro de este concepto dogmático, más allá de la limitación en el ámbito de aplicación material de la ley norteamericana, quedarían comprendidos los beneficios que obtienen los funcionarios públicos de hechos de corrupción; ya que el mero hecho de ser sobornados constituye una actividad ilegal; independientemente de la conducta que realicen posteriormente.

Por su parte, **cuando los bienes y los servicios no son antijurídicos, pero fueron vendidos o provistos de manera ilegal, el término comprenderá al dinero adquirido a través de las transacciones ilegales menos los costos incurridos en la provisión de los bienes y servicios**³¹⁸.

Así, se establece que el reclamante tendrá la carga de la prueba respecto a los costos directos, que no incluirán los gastos excesivos ni los tributos pagados.

Coincidimos con STABILE, al señalar que este concepto dogmático comprendería las ganancias obtenidas por las empresas a través de contratos firmados a causa de hechos de corrupción. Al respecto consideró que procede cuando los “decomisos que se puedan derivar de **contrataciones otorgadas por la Administración**, las provisiones que el Estado contrate serán siempre legales (es difícil imaginar una excepción) y la ilicitud estará referida a las condiciones de tal provisión y no a la provisión en sí (por ejemplo, en casos en que se hubiera accedido a la concesión o licencia a través de un beneficio

³¹⁷ “(2) For purposes of paragraph (1), the term 'proceeds' is defined as follows: (A) In cases involving illegal goods, illegal services, unlawful activities, and telemarketing and health care fraud schemes, the term 'proceeds' means property of any kind obtained directly or indirectly, as the result of the commission of the offense giving rise to forfeiture, and any property traceable there to, and is not limited to the net gain or profit realized from the offense”.

³¹⁸ “(A) In cases involving lawful goods or lawful services that are sold or provided in an illegal manner, the term 'proceeds' means the amount of money acquired through the illegal transactions resulting in the forfeiture, less the direct costs incurred in providing the goods or services. The claimant shall have the burden of proof with respect to the issue of direct costs. The direct costs shall not include any part of the overhead expenses of the entity providing the goods or services, or any part of the income taxes paid by the entity”.

indebido), y por lo tanto, **todo lo que constituya la inversión de las empresas contratantes no sería decomisible**³¹⁹.

En consecuencia, el primer supuesto resulta aplicable al funcionario público, que cometiendo un ilícito obtiene ganancias de a causa de esa actividad –aceptar el soborno por determinado hecho en ejercicio de su función pública-. Mientras que el segundo, resulta aplicable a la empresa que obtiene ganancias por un contrato firmado a causa de un hecho de corrupción; pero brinda un servicio o provee bienes, sin contrariar por dicha conducta al ordenamiento jurídico.

1.1.2 Campo de aplicación material

La ley norteamericana no establece que el decomiso civil sea aplicable a todos los delitos, sino que enumera una lista de figuras típicas taxativamente por las cuales procede esta medida.

1.1.2.1 Lavado de dinero

La ley norteamericana comienza definiendo su campo de aplicación al disponer que el decomiso civil es aplicable a los **bienes muebles e inmuebles**³²⁰ **involucrados en una transacción o en una tentativa de transacción** que queda subsumida en las figuras penales de **lavado de dinero**³²¹. Se incluye expresamente el lavado de dinero de hechos de corrupción que afectan a funcionarios extranjeros.

1.1.2.2 Otros delitos con contenido económico

³¹⁹ STABILE, Agustina, *El decomiso civil en los Estados Unidos*, mimeo. Negrita en el original.

³²⁰“Real property: Land and all the things that are attached to it. Anything that is not real property is personal property and personal property is anything that isn't nailed down, dug into or built onto the land. A house is real property, but a dining room set is not”, *The 'Lectric Law Library's Lexicon On*.

³²¹ “(a)(1) The following property is subject to forfeiture to the United States: (A) Any property, real or personal, involved in a transaction or attempted transaction in violation of section 1956, 1957 or 1960 of this title, or any property traceable to such property”.

Genéricamente, se establecen otros delitos, en los cuales resulta aplicable el decomiso civil a los bienes identificados como **beneficios procedentes o derivados de la conducta ilícita**³²² o, en ciertos supuestos, también **contra los bienes que representan el valor de esos bienes**. Estos delitos, que poseen **contenido económico**, son la recepción de comisiones o regalos por la gestión de créditos –una especie de dádiva privada-, la falsificación (471 a 510), el contrabando, ciertas modalidades de fraude bancario (656 y 657), la negociación con productos explosivos (842 y 844) y otras modalidades de conductas fraudulentas (1005 a 1032, 1344 y las previstas en el inciso D).

1.1.2.3 Terrorismo

Se prevé expresamente que el decomiso civil procede **contra todos los activos** en Estados Unidos o en el extranjero de un individuo, una entidad o una organización involucrada en la planificación o realización de actos de terrorismo realizados en el territorio nacional o extranjero contra los Estados Unidos, sus ciudadanos o residentes y su propiedad. También, procede **contra todos los activos** que le permiten a una persona ser la fuente de influencia de la organización o de la entidad³²³.

³²² “(C) Any property, real or personal, which constitutes or is derived from proceeds traceable to a violation of section 215, 471, 472, 473, 474, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 485, 486, 487, 488, 501, 502, 510, 542, 545, 656, 657, 842, 844, 1005, 1006, 1007, 1014, 1028, 1029, 1030, 1032, or 1344 of this title or any offense constituting 'specified unlawful activity' (as defined in section 1956(c)(7) of this title), or a conspiracy to commit such offense

(D) Any property, real or personal, which represents or is traceable to the gross receipts obtained, directly or indirectly, from a violation of-- (i) section 666(a)(1) (relating to Federal program fraud); (ii) section 1001 (relating to fraud and false statements); (iii) section 1031 (relating to major fraud against the United States); (iv) section 1032 (relating to concealment of assets from conservator or receiver of insured financial institution); (v) section 1341 (relating to mail fraud); or (vi) section 1343 (relating to wire fraud)”

³²³ “(G) All assets, foreign or domestic--(i) of any individual, entity, or organization engaged in planning or perpetrating any act of domestic or international terrorism (as

Asimismo, se regula que resulta aplicable el decomiso civil **contra todos los activos** en el territorio nacional o extranjero adquiridos o mantenidos por la persona con el propósito de soportar, planificar, realizar u ocultar un acto doméstico o internacional de terrorismo contra los Estados Unidos, sus ciudadanos o residentes o su propiedad³²⁴.

Por último, se estipula que es aplicable **a todo activo** que ha derivado, ha estado involucrado, ha sido utilizado o ha intentado ser utilizado en la comisión de actos domésticos o internacional de terrorismo contra los Estados Unidos, sus ciudadanos, sus residentes o su propiedad³²⁵.

Como se observa, prácticamente todo bien de una persona vinculada con actos de terrorismo y todo los **activos derivados, utilizados o los que se intenta utilizar** en un acto de terrorismo resulta ser objeto de la medida de decomiso civil.

Creemos que cuando se dirige contra la persona vinculada con las organizaciones terroristas, por la amplitud del objeto de la medida estatal, se asemeja a una confiscación de todo el patrimonio, más que a una medida de decomiso contra ciertos bienes involucrados.

1.1.2.4 Otros delitos en los que procede el decomiso civil

Se han previsto otros delitos variados en los cuales resulta aplicable este instituto de decomiso civil³²⁶. En estos supuestos, se procede contra **todo bien**

defined in section 2331) against the United States, citizens or residents of the United States, or their property, and all assets, foreign or domestic, affording any person a source of influence over any such entity or organization”.

³²⁴ “(ii) acquired or maintained by any person for the purpose of supporting, planning, conducting, or concealing an act of domestic or international terrorism (as defined in section 2331) against the United States, citizens or residents of the United States, or their property”.

³²⁵ “(iii) derived from, involved in, or used or intended to be used to commit any act of domestic or international terrorism (as defined in section 2331) against the United States, citizens or residents of the United States, or their property”.

³²⁶ (F) Any property, real or personal, which represents or is traceable to the gross proceeds obtained, directly or indirectly, from a violation of--

(i) section 511 (altering or removing motor vehicle identification numbers);

inmueble o mueble que es o representa los beneficios obtenidos directa o indirectamente de ciertos delitos enumerados previamente. También procede alguna de las figuras delictivas contra los **bienes involucrados**.

1.1.2.5 Delitos contra Estados extranjeros

A continuación, la norma dispone que el decomiso civil también es aplicable a los **bienes inmuebles y muebles** que se encuentran en la jurisdicción de los Estados Unidos y **que han derivado o son identificables como instrumentos o beneficios obtenidos directamente o indirectamente de un delito contra un Estado extranjero**³²⁷.

En estos casos, no procede contra cualquier delito cometido contra el Estado extranjero, sino que debe ser un **delito vinculado con el tráfico de drogas prohibidas y con cierta magnitud en la retribución penal**, tanto en el Estado extranjero o en los Estado Unidos³²⁸.

1.1.2.6 Limitaciones al objeto

(ii) section 553 (importing or exporting stolen motor vehicles);
 (iii) section 2119 (armed robbery of automobiles);
 (iv) section 2312 (transporting stolen motor vehicles in interstate commerce); or
 (v) section 2313 (possessing or selling a stolen motor vehicle that has moved in interstate commerce) [...]

(H) Any property, real or personal, involved in a violation or attempted violation, or which constitutes or is derived from proceeds traceable to a violation, of section 2339C of this title”.

³²⁷ B) Any property, real or personal, within the jurisdiction of the United States, constituting, derived from, or traceable to, any proceeds obtained directly or indirectly from an offense against a foreign nation, or any property used to facilitate such an offense”.

³²⁸ “if the offense-- (i) involves the manufacture, importation, sale, or distribution of a controlled substance (as that term is defined for purposes of the Controlled Substances Act), or any other conduct described in section 1956(c)(7)(B);

(ii) would be punishable within the jurisdiction of the foreign nation by death or imprisonment for a term exceeding 1 year; and

(iii) would be punishable under the laws of the United States by imprisonment for a term exceeding 1 year, if the act or activity constituting the offense had occurred within the jurisdiction of the United States”.

Se establecen ciertos supuestos en los cuales no se acepta el decomiso civil. Estas supuestos son:

- a) **El bien inmueble es la residencia principal, garantizando el derecho de acceso a la vivienda.**
- b) **La medida lo privaría de los medios de subsistencia.**
- c) **La propiedad no es, ni deriva del beneficio de una conducta criminal.**
- d) **El bien fue adquirido a causa del régimen patrimonial del matrimonio civil o de otra disposición del derecho de familia³²⁹.**

Evidentemente, en varios de estos supuestos, se realiza una **confrontación de derechos** considerándose que el interés estatal en decomisar civilmente es de inferior jerarquía a los intereses personales de subsistencia. De todos modos, la medida de decomiso civil puede aplicarse sino priva al individuo de sus medios de subsistencia, más allá de ese límite, está prohibida.

Regulación del decomiso según el tipo de bien que es objeto de la medida

Decomiso contra bienes fungibles

³²⁹ “(B) An otherwise valid claim under subparagraph (A) shall not be denied on the ground that the claimant gave nothing of value in exchange for the property if -
(i) the property is the primary residence of the claimant;
(ii) depriving the claimant of the property would deprive the claimant of the means to maintain reasonable shelter in the community for the claimant and all dependents residing with the claimant;
(iii) the property is not, and is not traceable to, the proceeds of any criminal offense; and
(iv) the claimant acquired his or her interest in the property through marriage, divorce, or legal separation, or the claimant was the spouse or legal dependent of a person whose death resulted in the transfer of the property to the claimant through inheritance or probate, except that the court shall limit the value of any real property interest for which innocent ownership is recognized under this subparagraph to the value necessary to maintain reasonable shelter in the community for such claimant and all dependents residing with the claimant”.

En la sección 984 se regula el **decomiso civil contra bienes fungibles** – dinero, divisas, fondos depositados en una institución financiera, metales preciosos-. En este supuesto, se facilita la acción del Estado, limitando las defensas de la persona afectada. Se ha dispuesto que **no es necesario, en estos supuestos, que el Estado acredite la identidad de estos bienes y no puede defenderse el propietario alegando que son otros bienes los involucrados en la conducta delictiva³³⁰, procediendo contra cualquier bien fungible depositado o en el mismo lugar³³¹.**

Asimismo, se dispone que **no es aplicable a los fondos de una institución financiera en una cuenta interbancaria a menos que supiera del delito que justifica el decomiso civil**, es decir, que existiera **mala fe³³²**.

De modo que estas reglas, en líneas generales, permiten amplificar la efectividad del decomiso civil, lo cual explica una última disposición destinada a evitar que estas normas deben ser entendidas como límites a la eficacia de las medidas de decomiso³³³. Bajo esta normativa, el Estado no deberá probar que su causa fuente es el delito, por lo cual, el dinero obtenido de un hecho delictivo puede quedar intacto, pero el Estado termina actuado sobre otros depósitos dinerarios que tiene la persona afectada. Pero admitimos que este supuesto altera

³³⁰ “Sec. 984. - Civil forfeiture of fungible property

(a) (1) In any forfeiture action in rem in which the subject property is cash, monetary instruments in bearer form, funds deposited in an account in a financial institution (as defined in section 20 of this title), or precious metals -

(A) it shall not be necessary for the Government to identify the specific property involved in the offense that is the basis for the forfeiture; and

(B) it shall not be a defense that the property involved in such an offense has been removed and replaced by identical property”.

³³¹ (2) Except as provided in subsection (b), any identical property found in the same place or account as the property involved in the offense that is the basis for the forfeiture shall be subject to forfeiture under this section”.

³³² “(c) (1) Subsection (a) does not apply to an action against funds held by a financial institution in an interbank account unless the account holder knowingly engaged in the offense that is the basis for the forfeiture”.

el carácter *in rem*, que pretende tener este instituto; en realidad parece destinado contra una persona.

1.1.3.2 Decomiso contra bienes inmuebles

El decomiso civil contra derechos inmuebles se encuentra regulado en la sección 985, estableciéndose que **siempre debe producirse por vía judicial**³³⁴. Esto no resulta aplicable a los beneficios obtenidos por la venta de la propiedad inmueble o al dinero y otros activos que se pretenden utilizar para adquirir inmuebles³³⁵.

Se establecen ciertos límites al decomiso contra bienes inmuebles, impidiendo que se incaute antes de la orden de decomiso y prohibiendo el desalojo o la privación del uso o del goce a los propietarios mientras está pendiente el procedimiento³³⁶. Si se podrán realizar inspecciones y un inventario³³⁷ con el objeto de garantizar la preservación del inmueble.

Se admite, excepcionalmente, **la posibilidad de incautar judicialmente a pedido del Estado, antes de proceder la orden de decomiso. Se regulan dos supuestos, uno en el que el afectado tiene la posibilidad de ser oído y otro en el la Corte considera que el peligro en la demora generado porque la propiedad efectivamente puede ser destruida, transferida o utilizada ilegalmente, se procede *in audita parte***. Además deberá acreditarse que no es

³³³ “Nothing in this section may be construed to limit the ability of the Government to forfeit property under any provision of law if the property involved in the offense giving rise to the forfeiture or property traceable thereto is available for forfeiture”.

³³⁴ “(a) Notwithstanding any other provision of law, all civil forfeitures of real property and interests in real property shall proceed as judicial forfeitures”.

³³⁵ “(2) does not apply to forfeitures of the proceeds of the sale of such property or interests, or of money or other assets intended to be used to acquire such property or interests”.

³³⁶ “(A) real property that is the subject of a civil forfeiture action shall not be seized before entry of an order of forfeiture; and

(B) the owners or occupants of the real property shall not be evicted from, or otherwise deprived of the use and enjoyment of, real property that is the subject of a pending forfeiture action”.

suficiente para evitar este peligro, el **uso de medidas menos lesivas**³³⁸. Se admite, en este supuesto, oportunidades posteriores al afectado para defenderse³³⁹.

Esta regulación, que establece límites al decomiso civil, tiene una aplicación restringida evitando que sea utilizada analógicamente en otros supuestos³⁴⁰.

En consecuencia, cuando el objeto del decomiso civil es un bien inmueble, se establecen ciertas limitaciones a las facultades estatales a fin de preservar la vivienda.

1.1.3.2.1 Procedimiento especial contra bienes inmuebles

El Estado deberá, en primer lugar, **iniciar una demanda judicial de decomiso civil, notificar en el lugar del inmueble y al propietario con una copia de la demanda**³⁴¹. Por ende, se trata de asegurar que el propietario y el resto de los afectados se encuentren anoticiados del procedimiento.

³³⁷ “(2) The filing of a lis pendens and the execution of a writ of entry for the purpose of conducting an inspection and inventory of the property shall not be considered a seizure under this subsection”.

³³⁸ (d) (1) Real property may be seized prior to the entry of an order of forfeiture if -
 (A) the Government notifies the court that it intends to seize the property before trial; and
 (B) the court -
 (i) issues a notice of application for warrant, causes the notice to be served on the property owner and posted on the property, and conducts a hearing in which the property owner has a meaningful opportunity to be heard; or
 (ii) makes an ex parte determination that there is probable cause for the forfeiture and that there are exigent circumstances that permit the Government to seize the property without prior notice and an opportunity for the property owner to be heard.

³³⁹ (e) If the court authorizes a seizure of real property under subsection (d)(1)(B)(ii), it shall conduct a prompt post-seizure hearing during which the property owner shall have an opportunity to contest the basis for the seizure.

³⁴⁰ “(1) applies only to civil forfeitures of real property and interests in real property; [...] and (3) shall not affect the authority of the court to enter a restraining order relating to real property”.

³⁴¹ “(c) (1) The Government shall initiate a civil forfeiture action against real property by -
 (A) filing a complaint for forfeiture;

En el caso que el propietario no puede ser notificado, porque se encuentra fugitivo o reside en el extranjero y son inútiles otros esfuerzos o no puede ser localizado, a pesar de la debida diligencia estatal, se procede al decomiso civil³⁴². Por lo tanto, **sólo se admite el decomiso en rebeldía, cuando es imposible hacerlo de otro modo por culpa del mismo propietario o pese a los esfuerzos exigibles del Estado.**

1.1.3.3 “Interbank accounts”³⁴³

Se establece cierto mecanismo en el caso que los fondos que pueden ser objeto de las medidas de decomiso civil se encuentren en un banco extranjero.

Se prevé que cuando banco extranjero tiene una cuenta interbancaria con una institución financiera corresponsal, se juzgará que los fondos se encuentran depositados en la cuenta interbancaria en los Estados Unidos. Por consiguiente, **cualquier medida restrictiva o la incautación respecto de los fondos se aplicará a los fondos de la cuenta interbancaria de la institución financiera corresponsal hasta el monto depositado por el banco extranjero**³⁴⁴.

(B) posting a notice of the complaint on the property; and
 (C) serving notice on the property owner, along with a copy of the complaint”.

³⁴² “(2) If the property owner cannot be served with the notice under paragraph (1) because the owner -

(A) is a fugitive;

(B) resides outside the United States and efforts at service pursuant to rule 4 of the Federal Rules of Civil Procedure are unavailing; or

(C) cannot be located despite the exercise of due diligence, constructive service may be made in accordance with the laws of the State in which the property is located”.

³⁴³ Se las ha definico como “account held by one financial institution at another financial institution primarily for the purpose of facilitating customer transactions”.

³⁴⁴ “For the purpose of a forfeiture under this section or under the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 801 et seq.), if funds are deposited into an account at a foreign bank, and that foreign bank has an interbank account in the United States with a covered financial institution (as defined in section 5318A of title 31), the funds shall be deemed to have been deposited into the interbank account in the United States, and any restraining order, seizure warrant, or arrest warrant in rem regarding the funds may be served on the covered financial institution, and funds in the interbank account, up to the value of the funds deposited into the account at the foreign bank, may be restrained, seized, or arrested”.

De modo que se facilita la toma de medidas contra los bienes, sin necesidad de obtener medidas contra el banco extranjero directamente, sino actuando contra las cuentas interbancarias del banco extranjero en Estados Unidos.

Procedimiento general

El procedimiento en el decomiso civil está regulado, principalmente, en la Sección 983 del título 18, aunque hay otras disposiciones normativas en otras secciones cuyo fin es complementario.

En este procedimiento van a confluir e intentar armonía dispositivos normativos destinados a que el decomiso civil se realice de modo rápido y simple, con medidas inmediatas con otras normas jurídicas cuyo objeto es la protección de los derechos patrimoniales de los afectados³⁴⁵. Esta es la tensión constante que se percibe en el articulado.

En relación con las diferentes lagunas que puede dejar la regulación del decomiso civil, se opta por **recurrir a las normas análogas del derecho aduanero**³⁴⁶. Lo cual, resulta acorde con **una concepción penal** de este instituto y la **aplicación de ciertos principios –proporcionalidad, *ne bis in idem***.

³⁴⁵ “(f) All right, title, and interest in property described in subsection (a) of this section shall vest in the United States upon commission of the act giving rise to forfeiture under this section”. Esta confluencia de intereses es referenciada cuando se dice que “The passage of the Act was only possible through a compromise of conflicting and competing interests. In this respect it stands as a testimony to our republican form of government. As with any compromise, each party walks away with something that is less than they wished for, a true quid pro quo, but one where neither side is quite satiated. This is the essence of CAFRA”, LOUGHLIN, Peter Joseph, *Does the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Bring a Modicum of Sanity to the Federal Civil Forfeiture System?*

³⁴⁶ “(d) For purposes of this section, the provisions of the customs laws relating to the seizure, summary and judicial forfeiture, condemnation of property for violation of the customs laws, the disposition of such property or the proceeds from the sale of this section, the remission or mitigation of such forfeitures, and the compromise of claims (19 U.S.C. 1602 et seq.), insofar as they are applicable and not inconsistent with the provisions of this section, shall apply to seizures and forfeitures incurred, or alleged to have been incurred, under this section, except that such duties as are imposed upon the customs officer or any other person with respect to the seizure and forfeiture of property under the customs laws

MEDIDAS CAUTELARES

Medidas necesarias para efectivizar el decomiso

1.1.4.1.1 “Search Warrant”: Incautación

En la *Section 981* se regula el *search warrant*, que es un **mandato judicial para incautar el bien que puede ser objeto de la medida de decomiso civil y criminal**. Expresamente se prevé que esta orden judicial procede contra bienes que son **frutos del delito o cuya posesión es ilegal y contra bienes diseñados para ser instrumentos o que han sido utilizados como instrumentos o hubo una tentativa de utilizarlos como instrumentos**.

Para que la medida proceda, será necesario realizar una **declaración ante el juez o suministrarle información** que permita crearle la convicción de que existe una **causa probable** de que el bien sea objeto de decomiso. Es decir, que debe existir cierta **alegación objetiva mínima para que sea viable la medida siendo bajo el estándar probatorio**.

Existen ciertas limitaciones cuando el bien es una propiedad inmueble – ver section 985, pto. 1.1.3.2.1- y procede a pedido del *Attorney General*, y cuando investigan ciertos delitos, *el Secretary of the Treasury o el United States Postal Service*³⁴⁷.

Debemos decir que, en primer lugar, son **aplicables las reglas generales**, necesiéndose una orden judicial para incautar los bienes. Sin embargo, se ha previsto que puede prescindirse cuando

shall be performed with respect to seizures and forfeitures of property under this section by such officers, agents, or other persons as may be authorized or designated for that purpose by the Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service, as the case may be”.

³⁴⁷ “Except as provided in section 985, any property subject to forfeiture to the United States under subsection (a) may be seized by the Attorney General and, in the case of

- 1) **Hay causa probable para creer que el bien será confiscado y ha sido incautado a causa de un arresto o una requisita respetando el debido proceso.**
- 2) **El bien fue incautado, siguiendo los requisitos legales, por uno de los estados o por una agencia ejecutiva local y se transfirió al Estado Federal.**

En consecuencia, para que procedan medidas contra bienes, será necesario *ab initio* una autorización judicial; salvo supuestos excepcionales³⁴⁸.

En la regulación del decomiso civil se establece que el *search warrant* puede ser ejecutado en cualquier distrito en que se encuentre el bien o transmitida a la autoridad central de un Estado extranjero encargada de la asistencia jurídica recíproca³⁴⁹.

De modo que se pretende favorecer la incautación de los bienes fuera del territorio en que el juez que emite el *search warrant* es competente.

property involved in a violation investigated by the, the property may also be seized by the Secretary of the Treasury or the Postal Service, respectively”.

³⁴⁸ “(2) *Seizures pursuant to this section shall be made pursuant to a warrant obtained in the same manner as provided for a search warrant under the Federal Rules of Criminal Procedure, except that a seizure may be made without a warrant if- (A) a complaint for forfeiture has been filed in the United States district court and the court issued an arrest warrant in rem pursuant to the Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims;*

(B) there is probable cause to believe that the property is subject to forfeiture and

(i) the seizure is made pursuant to a lawful arrest or search; or

(ii) another exception to the Fourth Amendment warrant requirement would apply; or

(A) the property was lawfully seized by a State or local law enforcement agency and transferred to a Federal agency”.

³⁴⁹ “(3) Notwithstanding the provisions of rule 41(a) of the Federal Rules of Criminal Procedure, a seizure warrant may be issued pursuant to this subsection by a judicial officer in any district in which a forfeiture action against the property may be filed under section 1355(b) of title 28, and may be executed in any district in which the property is found, or transmitted to the central authority of any foreign state for service in accordance with any treaty or other international agreement. Any motion for the return of property seized under

Debe señalarse que antes de incautar, se dispone en el *Criminal Resource Manual*, el deber del funcionario a cargo de consultar al *United States Marshals Service* acerca de su viabilidad³⁵⁰ existiendo un *pre seizure planning*. Por ello se exige cierto mínimo en el valor del objeto, de lo contrario, el procedimiento de decomiso implicaría un costo no redituable para el Estado. Lo cual implica que el procedimiento es selectivo dirigiéndose a los **bienes de mayor valor**. Asimismo, también entran en el análisis **cuestiones técnicas jurídicas** como los derechos en juego y los potenciales reclamos de los afectados.

1.1.4.1.1.1 Liberación de la incautación

Se reconoce que el reclamante tiene el derecho a la inmediata liberación de los bienes incautados si tiene un interés en la efectiva posesión de los bienes, da garantías suficientes para que esté disponible al momento del juicio, la continua posesión por el Estado hasta la resolución del procedimiento de decomiso provocará dificultades sustanciales al reclamante –en el trabajo o en el acceso a la vivienda-, se pone en riesgo los bienes o no se dan los requisitos legales para la procedencia de la medida estatal³⁵¹.

this section shall be filed in the district court in which the seizure warrant was issued or in the district court for the district in which the property was seized”.

³⁵⁰ “*How and when is the asset going to be seized?* The type and content of the seizing instrument and authority to enter or cross private property shall be communicated or provided, in advance, to both the investigative agency and the United States Marshals Service to ensure that each has the necessary information and legal authority to carry out its respective seizure and post-seizure responsibilities. Determine whether seizure is necessary now or if it can be postponed safely [...]

Whether the asset should be seized. If the asset has a negative net equity, should it be seized? What law enforcement benefits are to be derived from seizure under the circumstances? Can any losses be mitigated by careful planning on the part of the participants?

What management and disposition problems are anticipated, and how will they be resolved? Any expected logistical problems involved in the maintenance, management, or disposition of the asset should be identified and solutions for them should be planned.

Is publicity anticipated? If publicity or public relations concerns are anticipated, appropriate public affairs personnel should be advised and consulted”, Manual, 2203.

³⁵¹ “(f) Release Of Seized Property. -

Esta devolución no procederá cuando **es un bien obtenido por contrabando de divisas, es usado como prueba de delito o por su diseño y sus características es usual su utilización en actividades ilegales o para la comisión delitos**³⁵².

Esta medida **debe ser solicitada al funcionario administrativo competente** y fundarse en los supuestos descritos por la ley³⁵³.

Si los bienes no son liberados tras el reclamo administrativo, **el pedido debe formularse ante la Corte competente**³⁵⁴ teniendo un plazo de treinta días

(1) A claimant under subsection (a) is entitled to immediate release of seized property if -
 (A) the claimant has a possessory interest in the property;
 (B) the claimant has sufficient ties to the community to provide assurance that the property will be available at the time of the trial;
 (C) the continued possession by the Government pending the final disposition of forfeiture proceedings will cause substantial hardship to the claimant, such as preventing the functioning of a business, preventing an individual from working, or leaving an individual homeless;
 (D) the claimant's likely hardship from the continued possession by the Government of the seized property outweighs the risk that the property will be destroyed, damaged, lost, concealed, or transferred if it is returned to the claimant during the pendency of the proceeding; and
 (E) none of the conditions set forth in paragraph (8) applies”.

³⁵² “(A) is contraband, currency, or other monetary instrument, or electronic funds unless such currency or other monetary instrument or electronic funds constitutes the assets of a legitimate business which has been seized;
 (B) is to be used as evidence of a violation of the law;
 (C) by reason of design or other characteristic, is particularly suited for use in illegal activities; or
 (D) is likely to be used to commit additional criminal acts if returned to the claimant”.

³⁵³ “(2) A claimant seeking release of property under this subsection must request possession of the property from the appropriate official, and the request must set forth the basis on which the requirements of paragraph (1) are met”.

³⁵⁴ “(3) (A) If not later than 15 days after the date of a request under paragraph (2) the property has not been released, the claimant may file a petition in the district court in which the complaint has been filed or, if no complaint has been filed, in the district court in which the seizure warrant was issued or in the district court for the district in which the property was seized.

(B) The petition described in subparagraph (A) shall set forth -
 (i) the basis on which the requirements of paragraph (1) are met; and
 (ii) the steps the claimant has taken to secure release of the property from the appropriate official”.

para resolver, a menos que haya acuerdo entre las partes o que considere necesaria la extensión para la mejor resolución de la causa³⁵⁵. En caso, que el reclamante tenga razón, la Corte debe ordenar el retorno de los bienes hasta que finalice el procedimiento³⁵⁶, sin implicar prejuizamiento sobre la procedencia de la medida de decomiso.

Asimismo, **la Corte debe disponer ciertas garantías a fin de preservar los bienes liberados**. Estas medidas son la inspección, la fotografía de los bienes, la realización de inventario, la contratación de un seguro o el embargo³⁵⁷.

1.1.4.1.2 Medidas de protección

La Corte puede emitir **órdenes restrictivas para asegurar, mantener o preservar adecuadamente los bienes objeto de comiso civil como la custodia o la tasación, entre otras**³⁵⁸.

Estas medidas proceden en un **procedimiento de decomiso civil** sobre la propiedad que puede ser objeto de tal medida³⁵⁹. También proceden **antes que se**

³⁵⁵ “(5) The court shall render a decision on a petition filed under paragraph (3) not later than 30 days after the date of the filing, unless such 30-day limitation is extended by consent of the parties or by the court for good cause shown”.

³⁵⁶ “(6) If - (A) a petition is filed under paragraph (3); and (B) the claimant demonstrates that the requirements of paragraph (1) have been met, the district court shall order that the property be returned to the claimant, pending completion of proceedings by the Government to obtain forfeiture of the property”.

³⁵⁷ “(7) If the court grants a petition under paragraph (3) - (A) the court may enter any order necessary to ensure that the value of the property is maintained while the forfeiture action is pending, including - (i) permitting the inspection, photographing, and inventory of the property; (ii) fixing a bond in accordance with rule E(5) of the Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims; and (iii) requiring the claimant to obtain or maintain insurance on the subject property; and (B) the Government may place a lien against the property or file a lis pendens to ensure that the property is not transferred to another person”.

³⁵⁸ “(1) Upon application of the United States, the court may enter a restraining order or injunction, require the execution of satisfactory performance bonds, create receiverships, appoint conservators, custodians, appraisers, accountants, or trustees, or take any other action to seize, secure, maintain, or preserve the availability of property subject to civil forfeiture”.

³⁵⁹ “(A) upon the filing of a civil forfeiture complaint alleging that the property with respect to which the order is sought is subject to civil forfeiture”.

inicie el procedimiento judicial de decomiso civil, después de la notificación de las personas con intereses en los bienes y tras concederse tiempo necesario para su defensa. En este último caso, la Corte debe determinar que existe una **probabilidad sustancial de que se le dará razón al Estado** (verosimilitud del derecho) y **que la no realización de la medida puede resultar en la destrucción, traslado u otra medida que haga irrealizable el decomiso civil** (peligro en la mora)³⁶⁰. La orden en este supuesto podrá extenderse hasta noventa días, a menos que exista una buena causa o se inicie el procedimiento de decomiso civil³⁶¹.

Se admite también las **órdenes temporarias de restricción** que pueden **ser aplicadas sin notificación, ni tiempo para defensa si se demuestra que hay una causa probable para creer que los bienes pueden ser objeto de decomiso civil y la notificación puede obstruir la investigación.** Esta orden no se extenderá más de diez días, a menos que exista causa suficiente o consentimiento de la parte afectada. Deberá permitirse la defensa del afectado lo más pronto posible y antes que expire el plazo³⁶².

³⁶⁰ “(B) prior to the filing of such a complaint, if, after notice to persons appearing to have an interest in the property and opportunity for a hearing, the court determines that -
 (i) there is a substantial probability that the United States will prevail on the issue of forfeiture and that failure to enter the order will result in the property being destroyed, removed from the jurisdiction of the court, or otherwise made unavailable for forfeiture; and
 (ii) the need to preserve the availability of the property through the entry of the requested order outweighs the hardship on any party against whom the order is to be entered”.

³⁶¹ “(2) An order entered pursuant to paragraph (1)(B) shall be effective for not more than 90 days, unless extended by the court for good cause shown, or unless a complaint described in paragraph (1)(A) has been filed”.

³⁶² “(3) A temporary restraining order under this subsection may be entered upon application of the United States without notice or opportunity for a hearing when a complaint has not yet been filed with respect to the property, if the United States demonstrates that there is probable cause to believe that the property with respect to which the order is sought is subject to civil forfeiture and that provision of notice will jeopardize the availability of the property for forfeiture. Such a temporary order shall expire not more than 10 days after the date on which it is entered, unless extended for good cause shown or unless the party against whom it is entered consents to an extension for a longer period. A

1.1.4.1.3 “Ex parte order restraining”

La norma reguladora del decomiso civil reglamenta la *ex parte order restraining* al disponer que **la restricción del derecho de propiedad en los Estados Unidos cuando el propietario puede ser objeto de medidas de decomiso a causa de su arresto o su procesamiento de una persona en el extranjero**³⁶³.

En estos supuestos, el *Attorney General* debe hacer una solicitud a cualquier Juez Federal o magistrado competente en el distrito donde se encuentra la propiedad para obtener una *ex parte order restraining* por el tiempo máximo de 30 días, a menos que se argumente una buena causal para prorrogar con la medida restrictiva.

Esta medida deberá justificarse en los cargos imputados en el Estado extranjero, de modo **que el *Attorney General* no puede realizar una investigación autónoma**. Estos cargos deben permitirle justificar que procederá el decomiso civil siendo necesaria la restricción de la propiedad para recibir la evidencia necesaria del Estado extranjero y así fundar la causa probable para la incautación.

hearing requested concerning an order entered under this paragraph shall be held at the earliest possible time and prior to the expiration of the temporary order”.

³⁶³ “(4)(A) *If any person is arrested or charged in a foreign country in connection with an offense that would give rise to the forfeiture of property in the United States under this section or under the Controlled Substances Act, the Attorney General may apply to any Federal judge or magistrate judge in the district in which the property is located for an ex parte order restraining the property subject to forfeiture for not more than 30 days, except that the time may be extended for good cause shown at a hearing conducted in the manner provided in rule 43(e) of the Federal Rules of Civil Procedure.*

(B) The application for the restraining order shall set forth the nature and circumstances of the foreign charges and the basis for belief that the person arrested or charged has property in the United States that would be subject to forfeiture, and shall contain a statement that the restraining order is needed to preserve the availability of property for such time as is necessary to receive evidence from the foreign country or elsewhere in support of probable cause for the seizure of the property under this subsection”.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL O ADMINISTRATIVO

La regulación norteamericana permite que se decomisen bienes sin iniciar una acción judicial a través de un **procedimiento extrajudicial o administrativo a cargo de órganos administrativos**. Este procedimiento es aplicable cuando los bienes no alcanzan la suma de **500.000 dólares³⁶⁴ -en ciertos delitos perseguidos por la Secretaría del Tesoro- y son muebles**.

1.1.4.2 Notificación de la incautación

Una vez producida la incautación, se iniciará un **procedimiento extrajudicial** que comienza con una **notificación escrita** a las partes interesadas asegurándose que se anoticien efectivamente tan pronto como sea posible y como máximo sesenta días, después de la fecha de la incautación³⁶⁵. Este plazo puede ser ampliado cuando no se ha identificado al interesado comenzando a correr a los sesenta días desde que es individualizado³⁶⁶.

El plazo para notificar puede ser extendido por una decisión del órgano administrativo encargado de la incautación o por una decisión de la Corte, a pedido del órgano administrativo en ciertos supuestos excepcionales en que la notificación **pondría en peligro la investigación³⁶⁷**.

³⁶⁴ “Property may be forfeited administratively if it includes the following:

a) personal property that does not exceed \$500,000 in (aggregate) value”, *Internal Revenue Manual*.

³⁶⁵ “in any nonjudicial civil forfeiture proceeding under a civil forfeiture statute, with respect to which the Government is required to send written notice to interested parties, such notice shall be sent in a manner to achieve proper notice as soon as practicable, and in no case more than 60 days after the date of the seizure”.

³⁶⁶ “(v) If the identity or interest of a party is not determined until after the seizure or turnover but is determined before a declaration of forfeiture is entered, notice shall be sent to such interested party not later than 60 days after the determination by the Government of the identity of the party or the party's interest”.

³⁶⁷ “(B) A supervisory official in the headquarters office of the seizing agency may extend the period for sending notice under subparagraph (A) for a period not to exceed 30 days (which period may not be further extended except by a court), if the official determines that the conditions in subparagraph (D) are present.

En consecuencia, rige una gran informalidad, primero se incauta, luego se notifica a las partes; pero siempre intentando garantizar la reserva para investigar con mayor efectividad.

Los retrasos decididos por los órganos administrativos deben ser regularmente informados al Congreso³⁶⁸.

1.1.4.2.1 Excepciones a la notificación

No resulta necesaria la **notificación si antes de los sesenta días desde la incautación se presenta la demanda judicial por el decomiso civil notificando esta medida de acuerdo a lo convenido por la legislación**³⁶⁹.

Otra excepción opera cuando ya existe **una acusación criminal especificando que los bienes pueden ser objeto de la medida de decomiso**, por lo cual el **Estado puede notificar dentro de los 60 días y continuar con el procedimiento extrajudicial o terminar el procedimiento extrajudicial y llevar a cabo los pasos necesarios para preservar la propiedad bajo custodia de**

(C) Upon motion by the Government, a court may extend the period for sending notice under subparagraph (A) for a period not to exceed 60 days, which period may be further extended by the court for 60-day periods, as necessary, if the court determines, based on a written certification of a supervisory official in the headquarters office of the seizing agency, that the conditions in subparagraph (D) are present.

(D) The period for sending notice under this paragraph may be extended only if there is reason to believe that notice may have an adverse result, including -

- (i) endangering the life or physical safety of an individual;
- (ii) flight from prosecution;
- (iii) destruction of or tampering with evidence;
- (iv) intimidation of potential witnesses; or
- (v) otherwise seriously jeopardizing an investigation or unduly delaying a trial”.

³⁶⁸ “(E) Each of the Federal seizing agencies conducting nonjudicial forfeitures under this section shall report periodically to the Committees on the Judiciary of the House of Representatives and the Senate the number of occasions when an extension of time is granted under subparagraph (B)”.

³⁶⁹ “(ii) No notice is required if, before the 60-day period expires, the Government files a civil judicial forfeiture action against the property and provides notice of that action as required by law”.

acuerdo al procedimiento criminal³⁷⁰. Es decir, que habría una opción para el Estado de seguir con el procedimiento civil de decomiso –que puede ser extrajudicial- o terminarlo para aplicar el decomiso que es consecuencia de un procedimiento penal –necesariamente judicial-. Debe señalarse que tanto el procedimiento de decomiso civil extrajudicial pueden convivir con el procedimiento criminal. Sin embargo, cuando el Gobierno sólo inició el procedimiento criminal, será sólo aplicable el régimen penal que regula el decomiso³⁷¹.

1.1.4.2.2 Consecuencias de la falta de notificación

Se establece expresamente que si no ha realizado la notificación y no hubo una prórroga del plazo para hacerlo, el Estado **debe devolver los bienes sin impedir que pueda reiniciar un procedimiento luego contra los mismos bienes y con igual causa jurídica**³⁷². Eso se debe a que la improcedencia de la medida estatal es causada por una mera formalidad y no por una cuestión sustancial. **Se excepciona de este deber de devolución a los bienes obtenidos a través del contrabando o los poseídos ilegalmente.**

Por ello se regula una acción que tiene como parte legitimada activa a **toda persona que debió ser notificada del procedimiento extrajudicial de**

³⁷⁰ “(iii) If, before the 60-day period expires, the Government does not file a civil judicial forfeiture action, but does obtain a criminal indictment containing an allegation that the property is subject to forfeiture, the Government shall either -
(I) send notice within the 60 days and continue the nonjudicial civil forfeiture proceeding under this section; or
(II) terminate the nonjudicial civil forfeiture proceeding, and take the steps necessary to preserve its right to maintain custody of the property as provided in the applicable criminal forfeiture statute”.

³⁷¹ “(C) In lieu of, or in addition to, filing a civil forfeiture complaint, the Government may include a forfeiture allegation in a criminal indictment. If criminal forfeiture is the only forfeiture proceeding commenced by the Government, the Government's right to continued possession of the property shall be governed by the applicable criminal forfeiture statute”.

³⁷² “(F) [...] the Government shall return the property to that person without prejudice to the right of the Government to commence a forfeiture proceeding at a later time. The

decomiso civil. Esta acción tiene objeto evitar la declaración de decomiso civil³⁷³ y será procedente si el Gobierno supo o debió saber de este interés del particular, falló en tomar los pasos exigidos para notificar y la parte interesada no supo y no tuvo razones para saber de la incautación con un tiempo suficiente para presentar a tiempo el reclamo³⁷⁴.

Es decir, que cuando no hay notificación, no es aplicable un plazo perentorio para presentar la acción judicial, sino que **rige un plazo de cinco años desde la publicación de la incautación³⁷⁵.**

En estos casos, **la Corte evita la declaración de decomiso preservando el interés del reclamante sin prejuzgar el derecho del gobierno a iniciar, subsiguientemente, un nuevo procedimiento por igual causa jurídica³⁷⁶.** En consecuencia, sólo se intenta preservar el **derecho a la defensa** del demandante, no estableciéndolo como un supuesto en donde es aplicable el principio de *ne bis in idem*.

Debido al largo plazo para iniciar esta acción, en el caso que ya se haya producido la disposición, **se establecerá un procedimiento para indemnizar monetariamente al reclamante³⁷⁷.**

Government shall not be required to return contraband or other property that the person from whom the property was seized may not legally possess”.

³⁷³ “(1) Any person entitled to written notice in any nonjudicial civil forfeiture proceeding under a civil forfeiture statute who does not receive such notice may file a motion to set aside a declaration of forfeiture with respect to that person's interest in the property”.

³⁷⁴ “(A) the Government knew, or reasonably should have known, of the moving party's interest and failed to take reasonable steps to provide such party with notice; and (B) the moving party did not know or have reason to know of the seizure within sufficient time to file a timely claim”.

³⁷⁵ “(3) A motion under paragraph (1) may be filed not later than 5 years after the date of final publication of notice of seizure of the property”.

³⁷⁶ “(A) Notwithstanding the expiration of any applicable statute of limitations, if the court grants a motion under paragraph (1), the court shall set aside the declaration of forfeiture as to the interest of the moving party without prejudice to the right of the Government to commence a subsequent forfeiture proceeding as to the interest of the moving party”. Este nuevo procedimiento, puede ser iniciado en determinado plazo, entendido como razonable, “(i) if nonjudicial, within 60 days of the entry of the order granting the motion; or (ii) if judicial, within 6 months of the entry of the order granting the motion”.

³⁷⁷ “(4) If, at the time a motion made under paragraph (1) is granted, the forfeited property has been disposed of by the Government in accordance with law, the Government may

1.1.4.3 Reclamo del particular notificado

Se regula expresamente el procedimiento de reclamo del particular por la incautación de los bienes disponiéndose genéricamente que cualquier persona puede plantear un reclamo ante el **oficial administrativo competente**³⁷⁸ **por la improcedencia de la medida, no por cuestiones formales como la falta de notificación.** Es decir, que estamos frente a un **reclamo administrativo.**

Este reclamo tiene un plazo para formularse fijado por la notificación que **no puede ser inferior a los treinta y cinco días desde que es recibida dicha notificación. Si la notificación no es recibida, el reclamante tiene treinta días desde la publicación de la incautación**³⁷⁹.

Este reclamo **debe identificar la propiedad, especificar el interés del reclamante y ser realizada bajo juramento,** pesando sobre el reclamante la amenaza penal de perjurio³⁸⁰.

Debe tenerse en cuenta que la discusión tiene como centro los bienes incautados y si quedan subsumidos en los supuestos del decomiso civil siendo rechazable todo planteo que se aleje de este objeto³⁸¹.

1.1.4.3.1 Procedimiento del reclamo administrativo

institute proceedings against a substitute sum of money equal to the value of the moving party's interest in the property at the time the property was disposed of”.

³⁷⁸ “(A) Any person claiming property seized in a nonjudicial civil forfeiture proceeding under a civil forfeiture statute may file a claim with the appropriate official after the seizure”.

³⁷⁹ “(B) A claim under subparagraph (A) may be filed not later than the deadline set forth in a personal notice letter (which deadline may be not earlier than 35 days after the date the letter is mailed), except that if that letter is not received, then a claim may be filed not later than 30 days after the date of final publication of notice of seizure”.

³⁸⁰ “(C) A claim shall -

- (i) identify the specific property being claimed;
- (ii) state the claimant's interest in such property; and
- (iii) be made under oath, subject to penalty of perjury”.

³⁸¹ “(E) Any person may make a claim under subparagraph (A) without posting bond with respect to the property which is the subject of the claim”.

Después de producido el reclamo y antes de los noventa días, el Estado deberá judicializar la cuestión o devolver los bienes quedando pendiente el trámite del reclamo, a menos que la Corte que entenderá en el reclamo extienda el plazo por una buena causa o por el acuerdo entre las partes³⁸². Es decir que, en la generalidad de los casos, el reclamo obliga a la Administración a revisar la situación y devolver la propiedad o judicializar la cuestión. Sin embargo, la devolución no implica que el Estado haya desistido de su pretensión pudiendo iniciar la acción judicial.

En el caso que el Estado no realice algunas de estas acciones antes de que expire el plazo de noventa días, ni obtenga una acusación criminal en la cual conste que los bienes pueden ser objeto del decomiso y lleva a cabo los pasos necesarios para custodiarla; **deberá devolver la propiedad y no podrá tomar más acciones para efectuar el decomiso civil contra esos bienes por esa causa jurídica**. De modo, que aquí si rige el principio de *ne bis in idem* y se obliga al Estado a desistir de su pretensión sobre esos bienes³⁸³, presuponiéndose que carece de fundamentos sustanciales.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL

³⁸² “(3) (A) Not later than 90 days after a claim has been filed, the Government shall file a complaint for forfeiture in the manner set forth in the Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims or return the property pending the filing of a complaint, except that a court in the district in which the complaint will be filed may extend the period for filing a complaint for good cause shown or upon agreement of the parties”.

³⁸³ “(B) If the Government does not -

(i) file a complaint for forfeiture or return the property, in accordance with subparagraph (A); or

(ii) before the time for filing a complaint has expired -

(l) obtain a criminal indictment containing an allegation that the property is subject to forfeiture; and

(II) take the steps necessary to preserve its right to maintain custody of the property as provided in the applicable criminal forfeiture statute, the Government shall promptly release the property pursuant to regulations promulgated by the Attorney General, and may not take any further action to effect the civil forfeiture of such property in connection with the underlying offense”.

Este procedimiento resulta aplicable cuando hay un reclamo administrativo del afectado o el bien es inmueble o su valor es superior a los 500.000 dólares –en ciertas figuras delictivas-.

1.1.4.4 Demanda judicial

En el caso en que se inicie una **demanda judicial por el decomiso a cargo del Estado en la Corte competente**, cualquier persona interesada en la incautación de los bienes puede presentarse judicialmente en determinado plazo desde la fecha de la presentación de la demanda³⁸⁴.

Para el procedimiento judicial es aplicable las *Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims*. En estas normas se dispone como requisitos de la demanda: **la descripción con suficiente detalle y la localización del bien que va a ser objeto de la medida, la justificación de la competencia de la Corte y los argumentos para la procedencia de la acción**³⁸⁵. Apenas se

³⁸⁴ “(4) (A) In any case in which the Government files in the appropriate United States district court a complaint for forfeiture of property, any person claiming an interest in the seized property may file a claim asserting such person's interest in the property in the manner set forth in the Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims, except that such claim may be filed not later than 30 days after the date of service of the Government's complaint or, as applicable, not later than 30 days after the date of final publication of notice of the filing of the complaint.

(B) A person asserting an interest in seized property, in accordance with subparagraph (A), shall file an answer to the Government's complaint for forfeiture not later than 20 days after the date of the filing of the claim”. Respecto de la publicación, en la *Rule (C)4* de la *Supplemental Rules for Certain Admiralty and Maritime Claims* establece que “If the property is not released within 10 days after execution, the plaintiff must promptly - or within the time that the court allows - give public notice of the action and arrest in a newspaper designated by court order and having general circulation in the district, but publication may be terminated if the property is released before publication is completed. The notice must specify the time under [Rule C\(6\)](#) to file a statement of interest in or right against the seized property and to answer. This rule does not affect the notice requirements in an action to foreclose a preferred ship mortgage under 46 U.S.C. 31301 et seq., as amended”.

³⁸⁵ “(2) Complaint. In an action in rem the complaint must:

(a) be verified; (b) describe with reasonable particularity the property that is the subject of the action;

produce la demanda judicial, el fiscal (*Attorney*) deberá realizar una anotación de litis para evitar que haya adquirentes de buena fe de los bienes que son objeto del proceso³⁸⁶.

Debe señalarse que la **situación de rebeldía impide al particular ejercer su defensa en el procedimiento judicial de decomiso civil**³⁸⁷. Procediendo aun

(c) in an admiralty and maritime proceeding, state that the property is within the district or will be within the district while the action is pending; (d) in a forfeiture proceeding for violation of a federal statute, state:

(i) the place of seizure and whether it was on land or on navigable waters; (ii) whether the property is within the district, and if the property is not within the district the statutory basis for the court's exercise of jurisdiction over the property; and (iii) all allegations required by the statute under which the action is brought”.

³⁸⁶ “When a complaint for forfeiture is filed against real property, a notice of *lis pendens* should be prepared by the US Attorney's Office and filed with the local official who is responsible for recording deeds. A *lis pendens* is a notice that describes the real property and states the United States has an interest in it as a result of the pending litigation. The effect of *alis pendens* is to prevent a bona fide sale of the property or its refinancing pending the outcome of the forfeiture litigation”, *Internal Revenur Manual*.

³⁸⁷ Se ha cuestionado esta doctrina, por la cual, un rebelde pierde sus derechos. Al respecto, se ha considerado que “The doctrine sets forth the principle that a person who is a fugitive by virtue of fleeing or remaining outside the jurisdiction of the court, should not have rights or standing to defend a civil forfeiture action related to that criminal action. For a time and within certain circuits, this principle was extended to include civil forfeiture actions. In 1996 the Supreme Court decision in *Degen v. United States* sounded the death knell to the doctrine – at least for civil forfeitures.

Degen came to the court on certiorari from the ninth circuit court of appeals and concerned the typical fugitive disentitlement scenario. Brian Degen owned several properties in the United States and was under indictment in the U.S. District Court for the District of Nevada for distributing marijuana, laundering money and other related crimes. In conjunction with the criminal indictment, the District court also unsealed a civil complaint against the properties seeking their forfeiture.²¹ Brian, a dual citizen of the U.S. and Switzerland had no intention to appear and answer the criminal charges and he could not be extradited. However, he did attempt to answer the civil complaint without physically appearing before the court, an attempt that was flatly denied by the District Court citing the Fugitive Disentitlement Doctrine. The Ninth Circuit Court of Appeals affirmed.

The Supreme Court however, rejected this argument and refused to extend the fugitive disentitlement doctrine to civil forfeiture. The Supreme Court provided a valuable legal strategy for "innocent" owners who cannot or will not (perhaps for valid reason) return to the U.S. to defend against a related criminal action. The fugitive disentitlement doctrine has thus been generally inapplicable to civil forfeiture since 1996.

The provisions of CAFRA have effectively reversed the *Degen* decision by legislation.

[...] CAFRA, then, essentially contravenes the wisdom of the Supreme Court’s finding that ‘disentitlement was too blunt an instrument for advancing either the interest of redressing

cuando el rebelde es un **accionista mayoritario o el representante de una persona jurídica**³⁸⁸.

1.1.4.4.1 Carga de la prueba

El Estado deberá establecer, **bajo el estándar de la “preponderancia de la evidencia”**³⁸⁹, que es procedente la medida de decomiso contra el bien. En el caso que la propiedad haya sido un instrumento del delito, deberá establecerse la **conexidad causal**³⁹⁰. Para fundar este estándar, puede **utilizar evidencia recolectada después de presentada la demanda judicial para decomisar**.

Evidentemente, este estándar probatorio exige que los elementos probatorios que **acreditan la procedencia de la medida de decomiso tengan**

the indignity visited upon the district court by the owner’s absence from the criminal prosecution or the interest in deterring flight from criminal prosecution by the owners and others”, LOUGHLIN, Peter Joseph, *Does the Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Bring a Modicum of Sanity to the Federal Civil Forfeiture System?*

³⁸⁸ “judicial officer may disallow a person from using the resources of the courts of the United States in furtherance of a claim in any related civil forfeiture action or a claim in third party proceedings in any related criminal forfeiture action upon a finding that such person -

(1) after notice or knowledge of the fact that a warrant or process has been issued for his apprehension, in order to avoid criminal prosecution -

(A) purposely leaves the jurisdiction of the United States;

(B) declines to enter or reenter the United States to submit to its jurisdiction; or

(C) otherwise evades the jurisdiction of the court in which a criminal case is pending against the person; and

(2) is not confined or held in custody in any other jurisdiction for commission of criminal conduct in that jurisdiction.

(b) Subsection (a) may be applied to a claim filed by a corporation if any majority shareholder, or individual filing the claim on behalf of the corporation is a person to whom subsection (a) applies”.

³⁸⁹ “simply stated, preponderance means what is most likely to have occurred based on the evidence”, <http://students.georgiasouthern.edu/judicial/proof.htm>

³⁹⁰ “by a preponderance of the evidence, that the property is subject to forfeiture; [...] the Government may use evidence gathered after the filing of a complaint for forfeiture to establish, by a preponderance of the evidence, that property is subject to forfeiture; and if the Government's theory of forfeiture is that the property was used to commit or facilitate the commission of a criminal offense, or was involved in the commission of a criminal offense, the Government shall establish that there was a substantial connection between the property and the offense”.

preponderancia sobre los que obstan a la medida de decomiso. Este estándar es de menor exigencia que el *beyond reasonable doubt* –más allá de toda duda razonable-, que rige en materia penal. En cambio, un estándar aun de menor exigencia es el de la causa probable –*probable cause*-, que se “define como ‘a reasonable belief, supported by facts and circumstances’ (cargos graves). La autoridad puede probar la ‘probable cause’ no sólo mediante una prueba directa sino también mediante una *circunstancial evidence*, una *hearsay evidence* (informaciones procedentes de informadores, por ejemplo) y por los atestados”³⁹¹.

1.1.4.4.2 Información de instituciones financieras

Se regula expresamente, en la sección 986, la posibilidad de recurrir a las **instituciones financieras para que brinden información necesaria en este procedimiento**³⁹².

1.1.4.4.3 Defensa del propietario inocente

Se establece que si **una persona prueba que es un propietario inocente con un estándar de preponderancia de la evidencia, no procederá el decomiso civil**³⁹³.

³⁹¹ VERVAELE, J. A. E., *El embargo y la confiscación como consecuencia de los hechos punibles en el derecho de los estados unidos*, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artvervae1.htm>

³⁹² “(a) At any time after the commencement of any action for forfeiture in rem brought by the United States under section 1956, 1957, or 1960 of this title, section 5322 or 5324 of title 31, United States Code, or the Controlled Substances Act, any party may request the Clerk of the Court in the district in which the proceeding is pending to issue a subpoena duces tecum to any financial institution, as defined in section 5312(a) of title 31, United States Code, to produce books, records and any other documents at any place designated by the requesting party. All parties to the proceeding shall be notified of the issuance of any such subpoena. The procedures and limitations set forth in section 985 of this title shall apply to subpoenas issued under this section”.

³⁹³ “(3) (d) Innocent Owner Defense. -

Pero, si la Corte determina que existe un interés parcial sobre la propiedad o la tenencia de los bienes, **puede disponer la división de la propiedad; la transferencia del bien al Estado con una indemnización al propietario inocente de acuerdo a su interés, una vez que se dicte la orden de decomiso final y que la propiedad haya sido liquidada; o permitir al propietario inocente custodiar los bienes a favor del Gobierno**³⁹⁴.

1.1.4.4.3.1 Concepto de propietario

Se define **ampliamente** el concepto de propietario abarcando al acreedor hipotecario, por ejemplo; limitándose las exclusiones³⁹⁵. De este modo, la legitimación activa en este proceso es sumamente amplia tratando de tutelar los intereses sobre los bienes que son objeto del procedimiento.

1.1.4.4.3.2 Concepto de propietario inocente

(1) An innocent owner's interest in property shall not be forfeited under any civil forfeiture statute. The claimant shall have the burden of proving that the claimant is an innocent owner by a preponderance of the evidence”.

³⁹⁴ “(5) If the court determines, in accordance with this section, that an innocent owner has a partial interest in property otherwise subject to forfeiture, or a joint tenancy or tenancy by the entirety in such property, the court may enter an appropriate order -

(A) severing the property;

(B) transferring the property to the Government with a provision that the Government compensate the innocent owner to the extent of his or her ownership interest once a final order of forfeiture has been entered and the property has been reduced to liquid assets; or

(C) permitting the innocent owner to retain the property subject to a lien in favor of the Government to the extent of the forfeitable interest in the property”.

³⁹⁵ “(6) In this subsection, the term "owner" -

(A) means a person with an ownership interest in the specific property sought to be forfeited, including a leasehold, lien, mortgage, recorded security interest, or valid assignment of an ownership interest; and

(B) does not include -

(i) a person with only a general unsecured interest in, or claim against, the property or estate of another;

(ii) a bailee unless the bailor is identified and the bailee shows a colorable legitimate interest in the property seized; or

(iii) a nominee who exercises no dominion or control over the property”.

Este concepto abarca a la persona que al momento que tuvo lugar la conducta ilegal no tuvo conocimiento de la misma o al enterarse de tal conducta hizo lo razonablemente exigible para impedir el uso de la propiedad³⁹⁶. Este supuesto es aplicable cuando los bienes que son objeto de la medida de decomiso son un instrumento de una actividad delictiva.

Se establecen expresamente ciertos supuestos que hacen presumir que la persona hizo lo posible para evitar tal conducta como dar a tiempo la denuncia sobre la conducta ilegal a las autoridades públicas o revocar la permisión de uso o la adopción de medidas, previa consulta con las autoridades públicas, para prevenir el uso ilegal³⁹⁷. Esto resulta exigible, si la persona no incurre por esta conducta en peligro en su integridad física³⁹⁸.

En el caso que la propiedad fuera adquirida después de la conducta ilegal; se establece que el propietario es inocente cuando es un adquirente a título oneroso y no supo y no era razonable que supiera, que la propiedad podía ser objeto de decomiso civil³⁹⁹.

1.1.4.4.3.3 Excepciones a la defensa

³⁹⁶ “(i) did not know of the conduct giving rise to forfeiture; or
(ii) upon learning of the conduct giving rise to the forfeiture, did all that reasonably could be expected under the circumstances to terminate such use of the property”.

³⁹⁷ “(B) (i) For the purposes of this paragraph, ways in which a person may show that such person did all that reasonably could be expected may include demonstrating that such person, to the extent permitted by law -

(I) gave timely notice to an appropriate law enforcement agency of information that led the person to know the conduct giving rise to a forfeiture would occur or has occurred; and

(II) in a timely fashion revoked or made a good faith attempt to revoke permission for those engaging in such conduct to use the property or took reasonable actions in consultation with a law enforcement agency to discourage or prevent the illegal use of the property”.

³⁹⁸ “(ii) A person is not required by this subparagraph to take steps that the person reasonably believes would be likely to subject any person (other than the person whose conduct gave rise to the forfeiture) to physical danger”.

³⁹⁹ “(3) (A) With respect to a property interest acquired after the conduct giving rise to the forfeiture has taken place, the term "innocent owner" means a person who, at the time that person acquired the interest in the property -

(i) was a bona fide purchaser or seller for value (including a purchaser or seller of goods or services for value); and

Se establece que no **se protegerán los derechos de propiedad sobre bienes contrabandeados o cuya posesión es ilegal**⁴⁰⁰

1.1.4.4 El argumento de la desproporcionalidad

Se establece expresamente, el argumento de la desproporcionalidad de la medida, la cual debe ser acreditada ante la Corte, con el estándar de la **preponderancia de la evidencia**, teniendo en cuenta los efectos de la medida de decomiso y la infracción penal vinculada⁴⁰¹.

En el caso que la Corte considere que exista esta desproporción puede **eliminar o limitar la medida de decomiso civil**⁴⁰². Esto demuestra que existe cierta **concepción penal** de la medida de decomiso civil, que hace aplicable el principio de proporcionalidad a este instituto ejerciéndose cierta valoración sobre el delito vinculado.

1.1.4.5 Suspensión del procedimiento de decomiso civil

(ii) did not know and was reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture”.

⁴⁰⁰ “(4) Notwithstanding any provision of this subsection, no person may assert an ownership interest under this subsection in contraband or other property that it is illegal to possess”.

⁴⁰¹ “(g) Proportionality. -

(1) The claimant under subsection (a)(4) may petition the court to determine whether the forfeiture was constitutionally excessive.

(2) In making this determination, the court shall compare the forfeiture to the gravity of the offense giving rise to the forfeiture.

(3) The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury”.

⁴⁰² “(4) If the court finds that the forfeiture is grossly disproportional to the offense it shall reduce or eliminate the forfeiture as necessary to avoid a violation of the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment of the Constitution”.

1.1.4.4.5.1 De oficio

Se ha dispuesto que es posible suspender el procedimiento de decomiso civil de oficio, **cuando se afectan las posibilidades para realizar una investigación criminal o perseguir criminalmente el caso**⁴⁰³. Esto demuestra que el fin de recuperar activos es subsidiario al objetivo de condenar penalmente, no debiendo nunca obstruir o dificultar tal finalidad.

En estos casos, el **Estado podrá presentar evidencia *ex parte* para demostrar la posibilidad de afectación, no bastando una mera alegación**⁴⁰⁴.

Se exige que **la persecución o la investigación penal estén progreso y que teniendo en cuenta los hechos, los testigos, las partes y las circunstancias sean similares el proceso penal y el procedimiento de decomiso civil**⁴⁰⁵ -identidad de procesos-.

1.1.4.4.5.2 A pedido del particular afectado

También dispone la regulación de decomiso civil que procederá la suspensión ante reclamo del particular cuando el **reclamante particular esta siendo investigado penalmente, ha realizado el reclamo en el procedimiento civil y la continuación del procedimiento afecta la prohibición constitucional de autoincrimarse en una investigación o persecución penal vinculada**⁴⁰⁶.

⁴⁰³ “(g) (1) [...] if the court determines that civil discovery will adversely affect the ability of the Government to conduct a related criminal investigation or the prosecution of a related criminal case”.

⁴⁰⁴ “(5) In requesting a stay under paragraph (1), the Government may, in appropriate cases, submit evidence *ex parte* in order to avoid disclosing any matter that may adversely affect an ongoing criminal investigation or pending criminal trial”.

⁴⁰⁵ “(4) In this subsection, the terms 'related criminal case' and 'related criminal investigation' mean an actual prosecution or investigation in progress at the time at which the request for the stay, or any subsequent motion to lift the stay is made. In determining whether a criminal case or investigation is 'related' to a civil forfeiture proceeding, the court shall consider the degree of similarity between the parties, witnesses, facts, and circumstances involved in the 2 proceedings, without requiring an identity with respect to any 1 or more factors”.

⁴⁰⁶ “(A) the claimant is the subject of a related criminal investigation or case;

Esta decisión adoptada por la Corte, puede ser luego cuestionada por el Estado⁴⁰⁷.

Como se ve, nuevamente se subordina el objetivo del decomiso a la efectividad de un procedimiento penal, que podría quedar inválido si se vulneran algunas de las garantías constitucionales.

En otros países, específicamente España, en relación con la tributación de los actos ilícitos, se ha establecido que el procedimiento tributario tiene una finalidad distinta que el sancionatorio. **Por lo tanto, un procedimiento tributario realizado con el fin de verificar la realización de un hecho imponible a través de un acto ilícito *per se* no vulnera el principio de *nemo tenetur se ipsum accusare* cuando se extrae información coactivamente si es utilizada sólo en el procedimiento tributario con fin recaudatorio⁴⁰⁸**. Pero, las actuaciones ante la Administración tributaria pueden ingresar al proceso penal si respetan sus reglas probatorias⁴⁰⁹. Esto no sucede con los datos obtenidos por el cumplimiento por parte del contribuyente de sus deberes de colaboración hacia el Fisco, ya que

(B) the claimant has standing to assert a claim in the civil forfeiture proceeding; and continuation of the forfeiture proceeding will burden the right of the claimant against self-incrimination in the related investigation or case”.

⁴⁰⁷ “(7) A determination by the court that the claimant has standing to request a stay pursuant to paragraph (2) shall apply only to this subsection and shall not preclude the Government from objecting to the standing of the claimant by dispositive motion or at the time of trial”.

⁴⁰⁸ Ver GALARZA, César José, *La tributación de los actos ilícitos*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

⁴⁰⁹ Debe señalarse que en nuestro país se ha considerado que no es posible la incorporación en un proceso penal de pruebas de oficio obtenidas en un procedimiento administrativo aplicando su normas probatorias específicas, ya que se vulnera la garantía de inviolabilidad de domicilio cuando no se aplican las normas probatorias específicas del Código Procesal Penal. En este sentido, se ha sostenido que "las facultades de verificación y fiscalización previstas por el art. 41 de la ley 11.683 [...] no tienen como fin la colección de los elementos probatorios que resulten necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la instrucción jurisdiccional -que se establecen por el art. 193 del CPPN-, pues la forma de reunir aquellas pruebas se encuentra especialmente regulada por las disposiciones del ordenamiento procesal (Título III del Libro Segundo)", "Freites, Eduardo s/ inf. Ley

de ingresar al proceso penal se violentaría el principio constitucional de *nemo tenetur se ipsum accusare*.

En aras de proteger este principio constitucional, se admite la suspensión del procedimiento tributario, que exige deberes de colaboración al particular, hasta que finalice proceso penal. Pero se estipula expresamente que no corren los plazos de prescripción para el procedimiento tributario y que pueden dictarse medidas cautelares para garantizar la efectividad posterior de las medidas que se adopten.

1.1.4.4.5.3 Medidas durante la suspensión

Las normas regulatorias del decomiso civil, establece la posibilidad de la Corte de dictar **medidas durante la suspensión para preservar el valor de la propiedad o proteger derechos e intereses de terceros**⁴¹⁰. En consecuencia, la suspensión por la investigación penal no debe impedir que posteriormente se puedan efectivizar *a posteriori* las medidas adoptadas en el procedimiento de decomiso civil.

1.1.4.4.5.4 Límite de medidas de investigación

Se establece que **la Corte puede determinar que no se suspenda dictando una orden destinada a limitar las medidas de investigación protegiendo los intereses del reclamante sin limitar injustamente la posibilidad de perseguir el decomiso civil**. De este modo, se intenta conciliar los intereses limitando las medidas investigativas.

23.771", incidente de apelación en causa 4168, 13/2/1997, Cámara en lo Penal Económico, Sala B.

⁴¹⁰ “(6) Whenever a civil forfeiture proceeding is stayed pursuant to this subsection, the court shall enter any order necessary to preserve the value of the property or to protect the rights of lienholders or other persons with an interest in the property while the stay is in effect”.

Sin embargo, estas medidas no deben alterar la igualdad de armas en el procedimiento de decomiso⁴¹¹.

1.1.4.4.6 Procedimiento de decomiso civil cuyo actor es un Estado Extranjero

Para proceder con el dictado de una medida de decomiso civil, se dispone que son admitidas como evidencia: una orden certificada o una decisión jurisdiccional emitida por una Corte competente del Estado extranjero y las grabaciones o transcripciones certificadas de los procesos judiciales. Pero debe tenerse en cuenta, que las decisiones judiciales tienen la virtud de constituirse en causa probable y se crea la presunción de que es viable el decomiso civil en Estados Unidos⁴¹². Esta disposición normativa no evita que se presenten otros medios probatorios para que proceda la medida de decomiso civil⁴¹³.

En el Cap. 163 del título 28 se regula la ejecución del decomiso dictada por un Estado Extranjero. En el procedimiento es necesario un **requerimiento previo administrativo** al *Attorney General* o al funcionario designado por éste, en el cual debe constar un sumario de los hechos del caso y de la descripción del procedimiento de decomiso, una copia certificada de los documentos judiciales, una declaración de que el afectado fue notificado del procedimiento con suficiente

⁴¹¹ “if a protective order limiting discovery would protect the interest of 1 party without unfairly limiting the ability of the opposing party to pursue the civil case. In no case, however, shall the court impose a protective order as an alternative to a stay if the effect of such protective order would be to allow 1 party to pursue discovery while the other party is substantially unable to do so”.

⁴¹² “(3) A certified order or judgment of forfeiture by a court of competent jurisdiction of a foreign country concerning property which is the subject of forfeiture under this section and was determined by such court to be the type of property described in subsection (a)(1)(B) of this section, and any certified recordings or transcripts of testimony taken in a foreign judicial proceeding concerning such order or judgment of forfeiture, shall be admissible in evidence in a proceeding brought pursuant to this section. Such certified order or judgment of forfeiture, when admitted into evidence shall constitute probable cause that the property forfeited by such order or judgment of forfeiture is subject to forfeiture under this section and creates a rebuttal presumption of the forfeit ability of such property under this section”.

⁴¹³ “(5) The provisions of paragraphs (3) and (4) of this subsection shall not be construed as limiting the admissibility of any evidence otherwise admissible, nor shall they limit the

tiempo para defenderse de los cargos y que la decisión es definitiva⁴¹⁴. Sin embargo, el *Attorney General* o el funcionario designado por éste, está facultado para solicitar información y evidencias adicionales⁴¹⁵. El *Attorney General* o el funcionario designado por éste resolverá este requerimiento, sin admitir recurso contra su decisión⁴¹⁶.

En el caso que decidan a favor del requerimiento del Estado Extranjero, el Estado **presentará una demanda en una Corte para ejecutar el decomiso**⁴¹⁷. La Corte procederá a ejecutar la medida de decomiso, a menos que el juicio en el Estado extranjero sea contrario a las reglas del debido proceso, la Corte extranjera no tenía jurisdicción, el afectado no fue notificado con suficiente tiempo para defenderse o hubo fraude⁴¹⁸. La Corte se verá limitada por los hechos definidos por el juicio en el Estado extranjero⁴¹⁹.

ability of the United States to establish probable cause that property is subject to forfeiture by any evidence otherwise admissible”.

⁴¹⁴ “(1) IN GENERAL- A foreign nation seeking to have a forfeiture or confiscation judgment registered and enforced by a district court of the United States under this section shall first submit a request to the Attorney General or the designee of the Attorney General, which request shall include--

`(A) a summary of the facts of the case and a description of the proceedings that resulted in the forfeiture or confiscation judgment;

`(B) certified copy of the forfeiture or confiscation judgment”.

`(C) an affidavit or sworn declaration establishing that the defendant received notice of the proceedings in sufficient time to enable the defendant to defend against the charges and that the judgment rendered is in force and is not subject to appeal”.

⁴¹⁵ “(D) such additional information and evidence as may be required by the Attorney General or the designee of the Attorney General”.

⁴¹⁶ “The Attorney General or the designee of the Attorney General shall determine whether, in the interest of justice, to certify the request, and such decision shall be final and not subject to either judicial review or review under subchapter II of chapter 5, or chapter 7, of title 5 (commonly known as the `Administrative Procedure Act’)”.

⁴¹⁷ “If the Attorney General or the designee of the Attorney General certifies a request under subsection (b), the United States may file an application on behalf of a foreign nation in district court of the United States seeking to enforce the foreign forfeiture or confiscation judgment as if the judgment had been entered by a court in the United States”.

⁴¹⁸ “The district court shall enter such orders as may be necessary to enforce the judgment on behalf of the foreign nation unless the court finds that--

`(A) the judgment was rendered under a system that provides tribunals or procedures incompatible with the requirements of due process of law;

`(B) the foreign court lacked personal jurisdiction over the defendant;

`(C) the foreign court lacked jurisdiction over the subject matter;

1.1.4.4.7 Prescripción

La regla general es que las **acciones de comiso civil prescriben a los 5 años de que el delito fue conocido o a los 2 años desde que la propiedad involucrada fue descubierta**; según lo que fuera posterior⁴²⁰.

Se establece una regla especial para los bienes fungibles cuando no se ha determinado su conexidad con el delito, considerándose que la acción **debe ser entablada antes de que se cumpla un año desde la fecha de comisión de delito vinculado**⁴²¹.

Disposición de bienes decomisados

Custodia

Se dispone en relación con **los bienes decomisados o incautados que no podrán ser reivindicados quedando en custodia del *Attorney General*, del *Secretary of the Treasury* y, en su caso, del *Postal Service***. Es decir que la custodia queda a cargo de las autoridades administrativas. Estos órganos sólo se ven limitados por las órdenes y decretos emitidos por el Poder Judicial⁴²². En

`(D) the defendant in the proceedings in the foreign court did not receive notice of the proceedings in sufficient time to enable him or her to defend; or

`(E) the judgment was obtained by fraud”.

⁴¹⁹ “In entering orders to enforce the judgment, the court shall be bound by the findings of fact to the extent that they are stated in the foreign forfeiture or confiscation judgment”.

⁴²⁰ “Any civil forfeiture action must be commenced within 5 years after the time when the alleged offense was discovered, or within 2 years after the time when the involvement of the property in the alleged offense was discovered, whichever was later”, Internal Revenue Manual.

⁴²¹ “(b) No action pursuant to this section to forfeit property not traceable directly to the offense that is the basis for the forfeiture may be commenced more than 1 year from the date of the offense”.

⁴²² “(c) Property taken or detained under this section shall not be replevable, but shall be deemed to be in the custody of the Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service as the case may be, subject only to the orders and decrees of the court or the official having jurisdiction thereof”.

consecuencia, se prevé el **control judicial** sobre los órganos encargados de custodiar los bienes.

1.1.5.2 Bienes incautados

En el caso de los bienes incautados, las autoridades administrativas antes mencionadas **pueden ponerlo bajo sello, trasladarlo a otro lugar designado o requerir al *General Services Administration* la custodia y su traslado a un lugar adecuado según la ley.** En consecuencia, se procura la mejor conservación de la propiedad incautada.

El *Attorney General* solo tiene competencia para responder a peticiones de remisión o de mitigación de las medidas adoptadas contra la propiedad en un proceso judicial de decomiso⁴²³.

1.1.5.3 Bienes decomisados

El *Attorney General*, el *Secretary of the Treasury* y, en su caso, el *Postal Service* están autorizados para **retener la propiedad confiscada o transferirlas según las condiciones que determinen.**

La disposición puede hacerse a una agencia Federal, a otro estado o agencia local de ejecución que participó en los actos necesarios para incautar o decomisar. En estos casos, las autoridades administrativas valorarán

⁴²³ “Whenever property is seized under this subsection, the Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service as the case may be, may--

(1) place the property under seal;

(2) remove the property to a place designated by him; or

(3) require that the General Services Administration take custody of the property and remove it, if practicable, to an appropriate location for disposition in accordance with law.

[...]

(d) The Attorney General shall have sole responsibility for disposing of petitions for remission or mitigation with respect to property involved in a judicial forfeiture proceeding”. Debe aclararse que esta facultad fue delegada en la Asset Forfeiture and Money Laundering Section. “The authority of the Attorney General to grant petitions for remission or mitigation in criminal and civil judicial forfeitures is delegated to the Chief,

concretamente la contribución realizada **sin posibilidad de que esta decisión dispositiva sea revisada administrativa, ni judicialmente**. En consecuencia, se propicia incentivar la cooperación entre los diferentes estados para recuperar bienes.

Asimismo, **se reconoce la posibilidad de disponer de los bienes decomisados para la restauración de la víctima**.

Por otro lado, para los bienes decomisados por ciertas actividades fraudulentas⁴²⁴, la disposición se hará a favor de la *Resolution Trust Corporation*, la *Federal Deposit Insurance Corporation* y cualquier otro órgano federal regulador de las instituciones financieras⁴²⁵.

Asset Forfeiture and Money Laundering Section, Criminal Division (AFMLS) by title 28, Code of Federal Regulations, Part 9 (28 CFR 9), at 28 CFR 9.1(b)(2)”.

⁴²⁴ Las figuras son “section 666(a)(1) (relating to Federal program fraud); (ii) section 1001 (relating to fraud and false statements); (iii) section 1031 (relating to major fraud against the United States); (iv) section 1032 (relating to concealment of assets from conservator or receiver of insured financial institution); (v) section 1341 (relating to mail fraud); or (vi) section 1343 (relating to wire fraud)”.

⁴²⁵ “e) Notwithstanding any other provision of the law, except section 3 of the Anti Drug Abuse Act of 1986, the Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service, as the case may be, is authorized to retain property forfeited pursuant to this section, or to transfer such property on such terms and conditions as he may determine -

(1) to any other Federal agency;

(2) to any State or local law enforcement agency which participated directly in any of the acts which led to the seizure or forfeiture of the property; [...]

(6) as restoration to any victim of the offense giving rise to the forfeiture, including, in the case of a money laundering offense, any offense constituting the underlying specified unlawful activity; or

(7) In the case of property referred to in subsection (a)(1)(D), to the Resolution Trust Corporation, the Federal Deposit Insurance Corporation, or any other Federal financial institution regulatory agency (as defined in section 8(e)(7)(D) of the Federal Deposit Insurance Act).

The Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service, as the case may be, shall ensure the equitable transfer pursuant to paragraph (2) of any forfeited property to the appropriate State or local law enforcement agency so as to reflect generally the contribution of any such agency participating directly in any of the acts which led to the seizure or forfeiture of such property. A decision by the Attorney General, the Secretary of the Treasury, or the Postal Service pursuant to paragraph (2) shall not be subject to review. The United States shall not be liable in any action arising out of the use of any property the custody of which was transferred pursuant to this section to any non-Federal agency”.

Se establece expresamente, la disposición de los bienes decomisados civil y criminalmente a los Estados extranjeros previendo que el *Attorney General* o el *Secretary of the Treasury*, en su caso, **pueden transferir la propiedad confiscada o los beneficios por la venta de la misma a un Estado extranjero que participó directa o indirectamente de la incautación o decomiso**⁴²⁶. Esta decisión adoptada por los órganos administrativos tampoco es revisable.

Esta transferencia debe contar con el acuerdo del *Secretary of State*, debe estar autorizada por un acuerdo internacional entre Estados Unidos y el Estado extranjero y debe ser aplicable según el derecho interno de Estados Unidos, específicamente *the Foreign Assistance Act of 1961*⁴²⁷.

De este modo, se pretender **crear incentivos** en la cooperación internacional para recuperar activos.

⁴²⁶ Este fue el caso de Vladimir Montensinos. “Secretary of State Powell showed the results of hemispheric cooperation to fight corruption by signing an agreement with Peruvian Foreign Minister Manuel Rodriguez, in the presence of President Alejandro Toledo, authorizing the transfer to the Government of Peru of \$20,275,911.88 in funds forfeited by the U.S. Department of Justice and derived from corrupt acts during the Fujimori Government committed by presidential advisor Vladimir Montesinos and his associates during the Fujimori Government. The agreement provides for transparency and gives special consideration to compensating victims of the corruption and to supporting Peruvian anti-corruption efforts”, US, department of State.

“From its inception in 1989 through December 2000, the international asset-sharing program administered by the Department of Justice has resulted in the forfeiture by the United States of \$389,229,323, of which \$169,397,853 has been shared with 26 foreign governments that cooperated and assisted in the investigations. Since 1994, the Department of the Treasury shared over \$21 million with seventeen different countries. The Department of Justice should continue and seek to expand their international asset sharing programs. Likewise, the *2001 Strategy* requires that the Department of the Treasury make more productive use of its ability to encourage international cooperation through international asset sharing”, *The 2001 National Money Laundering Strategy* prepared by The Office of Enforcement, U.S. Department of the Treasury, in consultation with the U.S. Department of Justice, p. 40.

⁴²⁷ “(i)(1) Whenever property is civilly or criminally forfeited under this chapter, the Attorney General or the Secretary of the Treasury, as the case may be, may transfer the forfeited personal property or the proceeds of the sale of any forfeited personal or real property to any foreign country which participated directly or indirectly in the seizure or forfeiture of the property, if such a transfer-

(A) has been agreed to by the Secretary of State;

(B) is authorized in an international agreement between the United States and the foreign country; and

(C) is made to a country which, if applicable, has been certified under section 481(h) of the Foreign Assistance Act of 1961.

A decision by the Attorney General or the Secretary of the Treasury pursuant to this paragraph shall not be subject to review”.

Comiso penal

La sección 982 regula el comiso penal, estableciendo que procede contra **bienes inmuebles y muebles**⁴²⁸. También la ley RICO -*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*-, que regula la delincuencia financiera establece disposiciones al respecto, ver la sección 1982 y ss; entre numerosas normas que prevén este instituto.

Esta medida es **aplicable con la imposición de una sentencia penal por la comisión de ciertas figuras típicas establecidas taxativamente por la ley y es considerado *in personam*, no discutiéndose su función punitiva**⁴²⁹. Rige para este instituto el tiempo de prescripción de las acciones criminales.

Al igual que en el decomiso civil, se realiza una **larga enumeración de figuras delictivas** a las que corresponde esta medida, entre la que se incluye el lavado de dinero de hechos de corrupción⁴³⁰.

⁴²⁸ Cuando se regula el decomiso en el crimen organizado, se dispone que se abarca derechos, privilegios, reclamos e intereses. Sec. 1963. - Criminal penalties “tangible and intangible personal property, including rights, privileges, interests, claims, and securities”.

⁴²⁹ “Since 1970 Congress has steadily increased the types of criminal offenses for which criminal forfeiture is a sanction. Unlike civil forfeiture, criminal forfeiture is justified as a criminal punishment; it is imposed in a criminal in personam proceeding directed against an individual for his alleged misconduct, not in an in rem proceeding directed against an inanimate object through legal fiction. Accordingly, a defendant in a criminal forfeiture prosecution is entitled to all the procedural protections associated with the criminal process. Moreover, criminal forfeiture law is not premised on a taint theory but on a punitive theory whereby forfeiture serves the important penal interests associated with the criminal process”, REED, Terrance G., *American Forfeiture Law: Property Owners Meet The Prosecutor*.

⁴³⁰ “(a) (1) The court, in imposing sentence on a person convicted of an offense in violation of section [1956](#), [1957](#), or [1960](#) of this title, shall order that the person forfeit to the United States any property, real or personal, involved in such offense, or any property traceable to such property.

(2) The court, in imposing sentence on a person convicted of a violation of, or a conspiracy to violate - (A) section [215](#), [656](#), [657](#), [1005](#), [1006](#), [1007](#), [1014](#), [1341](#), [1343](#), or [1344](#) of this title, affecting a financial institution, or (B) section [471](#), [472](#), [473](#), [474](#), [476](#), [477](#), [478](#), [479](#), [480](#), [481](#), [485](#), [486](#), [487](#), [488](#), [501](#), [502](#), [510](#), [542](#), [545](#), [842](#), [844](#), [1028](#), [1029](#), or [1030](#) of this title, shall order that the person forfeit to the United States any property constituting, or derived from, proceeds the person obtained directly or indirectly, as the result of such violation.

(3) The court, in imposing a sentence on a person convicted of an offense under - (A)section 666(a)(1) (relating to Federal program fraud); (B)section 1001 (relating to fraud and false statements); (C)section 1031 (relating to major fraud against the United States); (D)section 1032 (relating to concealment of assets from conservator, receiver, or liquidating agent of insured financial institution); (E) section 1341 (relating to mail fraud); or (F) section 1343 (relating to wire fraud), involving the sale of assets acquired or held by the Resolution Trust Corporation, the Federal Deposit Insurance Corporation, as conservator or receiver for a financial institution or any other conservator for a financial institution appointed by the Office of the Comptroller of the Currency or the Office of Thrift Supervision, or the National Credit Union Administration, as conservator or liquidating agent for a financial institution, shall order that the person forfeit to the United States any property, real or personal, which represents or is traceable to the gross receipts obtained, directly or indirectly, as a result of such violation.

(4) With respect to an offense listed in subsection (a)(3) committed for the purpose of executing or attempting to execute any scheme or artifice to defraud, or for obtaining money or property by means of false or fraudulent statements, pretenses, representations, or promises, the gross receipts of such an offense shall include any property, real or personal, tangible or intangible, which is obtained, directly or indirectly, as a result of such offense.

(5) The court, in imposing sentence on a person convicted of a violation or conspiracy to violate - (A)section 511 (altering or removing motor vehicle identification numbers); (B)section 553 (importing or exporting stolen motor vehicles); (C)section 2119 (armed robbery of automobiles); (D)section 2312 (transporting stolen motor vehicles in interstate commerce); or (E) section 2313 (possessing or selling a stolen motor vehicle that has moved in interstate commerce); shall order that the person forfeit to the United States any property, real or personal, which represents or is traceable to the gross proceeds obtained, directly or indirectly, as a result of such violation.

(6) (A) The court, in imposing sentence on a person convicted of a violation of, or conspiracy to violate, section 274(a), 274A(a)(1), or 274A(a)(2) of the Immigration and Nationality Act or section 1425, 1426, 1427, 1541, 1542, 1543, 1544, or 1546 of this title, or a violation of, or conspiracy to violate, section 1028 of this title if committed in connection with passport or visa issuance or use, shall order that the person forfeit to the United States, regardless of any provision of State law -

(i) any conveyance, including any vessel, vehicle, or aircraft used in the commission of the offense of which the person is convicted; and (ii) any property real or personal -

(I) that constitutes, or is derived from or is traceable to the proceeds obtained directly or indirectly from the commission of the offense of which the person is convicted; or

(II) that is used to facilitate, or is intended to be used to facilitate, the commission of the offense of which the person is convicted [...]

(7) The court, in imposing sentence on a person convicted of a Federal health care offense, shall order the person to forfeit property, real or personal, that constitutes or is derived, directly or indirectly, from gross proceeds traceable to the commission of the offense.

(8) The Court, in sentencing a defendant convicted of an offense under section 1028, 1029, 1341, 1342, 1343, or 1344, or of a conspiracy to commit such an offense, if the offense involves telemarketing (as that term is defined in section 2325), shall order that the defendant forfeit to the United States any real or personal property -

Procede, según el tipo de delito, contra

- **Los bienes involucrados en el lavado de dinero o en la ruta del dinero realizada**
- **Los beneficios directos e indirectos de ciertos delitos**
- **Los derechos contractuales de negocios ocasionados por la actividad delictiva⁴³¹**
- **Los instrumentos empleados o destinados a emplearse**
- **Sobre el valor de los bienes decomisables, cuando no pueden localizarse, han sido transferidos, vendidos o depositados con un tercero, están fuera de la jurisdicción de la Corte, disminuyeron sustancialmente su valor o se mezclaron con otro bien siendo difícil su escisión⁴³².**

A igual que el comiso civil, se aplica el estándar probatorio de la **preponderancia de la evidencia** respecto a la procedencia de la medida⁴³³. En

(A) used or intended to be used to commit, to facilitate, or to promote the commission of such offense; and

(B) constituting, derived from, or traceable to the gross proceeds that the defendant obtained directly or indirectly as a result of the offense”.

⁴³¹ Sec. 1963. - Criminal penalties

“property or contractual right of any kind affording a source of influence over; any enterprise which the person has established, operated, controlled, conducted, or participated in the conduct of, in violation of section 1962”.

⁴³² “sec. 1963 (m) If any of the property described in subsection (a), as a result of any act or omission of the defendant -

(1) cannot be located upon the exercise of due diligence;

(2) has been transferred or sold to, or deposited with, a third party;

(3) has been placed beyond the jurisdiction of the court;

(4) has been substantially diminished in value; or

(5) has been commingled with other property which cannot be divided without difficulty;

the court shall order the forfeiture of any other property of the defendant up to the value of any property described in paragraphs (1) through (5)

⁴³³ “The burden of proof in a forfeiture under the statutory provisions (18 USC 982(a)(1)) is preponderance of the evidence. This is because criminal forfeiture is not a criminal offense but rather constitutes part of the defendant's sentence. The Due Process Clause permits sentencing issues to be decided by a preponderance of the evidence”, *Internal Revenue Manual*.

cambio, para acreditar la culpabilidad del imputado, que justifica la medida decomisiva, se aplica el estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable”, debiéndose controvertir la presunción de inocencia del imputado.

Debemos agregar que las medidas restrictivas durante el proceso no se aplican antes del inicio, como en el procedimiento de decomiso civil⁴³⁴. Estas órdenes son **emitidas por la Corte con la acusación o tras una audiencia de defensa del propietario**, debiéndose determinar que existe peligro en la demora y no afecta de manera significativa a las partes interesadas⁴³⁵. Estas medidas serán

⁴³⁴ “Congress augmented the broad scope of criminal forfeitures under RICO and the Drug Kingpin Statute with authorization to seek pretrial restraining orders -sometimes known as asset freeze orders- to prevent a defendant from using, transferring, or dissipating his assets prior to trial. The apparent need for pretrial seizure orders stems from the different procedures in civil and criminal forfeiture cases. A civil forfeiture case begins with the seizure (arrest) of the offending piece of property; the "punishment" of criminal forfeiture, on the other hand, cannot be imposed until after a defendant is convicted. In criminal forfeiture cases, therefore, the government cannot seize property prior to conviction as it has no title or punitive interest in a defendant's assets prior to conviction. The occasional need for freeze orders during the period prior to verdict in order to preserve the status quo is apparent, especially with perishable assets”, REED, Terrance G., *American Forfeiture Law: Property Owners Meet The Prosecutor*.

⁴³⁵ “(1) Upon application of the United States, the court may enter a restraining order or injunction, require the execution of a satisfactory performance bond, or take any other action to preserve the availability of property described in subsection (a) for forfeiture under this section -

(A) upon the filing of an indictment or information charging a violation of section [1962](#) of this chapter and alleging that the property with respect to which the order is sought would, in the event of conviction, be subject to forfeiture under this section; or

(B) prior to the filing of such an indictment or information, if, after notice to persons appearing to have an interest in the property and opportunity for a hearing, the court determines that -

(i) there is a substantial probability that the United States will prevail on the issue of forfeiture and that failure to enter the order will result in the property being destroyed, removed from the jurisdiction of the court, or otherwise made unavailable for forfeiture; and

(ii) the need to preserve the availability of the property through the entry of the requested order outweighs the hardship on any party against whom the order is to be entered”, section 1963.

efectivas durante un plazo máximo, a menos que exista un buen argumento o que se produzca la acusación penal⁴³⁶.

Se admite que se emitan estas medidas sin audiencia de defensa, si se demuestra con el estándar de la causa probable que los bienes serían objeto de decomiso y que el anoticiamiento obstaculizaría la posibilidad de decomisar. Esta orden tiene un plazo de duración inferior, a menos que exista un buen argumento o el consentimiento de las partes. Será necesario que el plazo sea lo más breve posible y que se conceda la audiencia al afectado, antes de su expiración⁴³⁷.

Recién con la **condena**, se realizará el juicio de decomiso y se autorizará al *Attorney General* a incautar los bienes⁴³⁸. No resulta necesario que la solicitud de decomiso individualice los bienes pudiéndose hacer referencias genéricas⁴³⁹.

La autoridad administrativa esta autorizada a mitigar o remitir las medidas, a restaurar los bienes a las víctimas, a proteger los derechos de las personas inocentes, a dar compensaciones a las personas que proveyeron

⁴³⁶ “Provided, however, that an order entered pursuant to subparagraph (B) shall be effective for not more than ninety days, unless extended by the court for good cause shown or unless an indictment or information described in subparagraph (A) has been filed”.

⁴³⁷ “(2) A temporary restraining order under this subsection may be entered upon application of the United States without notice or opportunity for a hearing when an information or indictment has not yet been filed with respect to the property, if the United States demonstrates that there is probable cause to believe that the property with respect to which the order is sought would, in the event of conviction, be subject to forfeiture under this section and that provision of notice will jeopardize the availability of the property for forfeiture. Such a temporary order shall expire not more than ten days after the date on which it is entered, unless extended for good cause shown or unless the party against whom it is entered consents to an extension for a longer period. A hearing requested concerning an order entered under this paragraph shall be held at the earliest possible time, and prior to the expiration of the temporary order”.

⁴³⁸ “(e) Upon conviction of a person under this section, the court shall enter a judgment of forfeiture of the property to the United States and shall also authorize the Attorney General to seize all property ordered forfeited upon such terms and conditions as the court shall deem property”

⁴³⁹ “In *Grammatikos*, the Court of Appeals did not require the indictment to identify each of the properties which would be the subject of a special verdict. Rule 7(c)(2) of the Fed. R. Crim. P. only required an allegation of the extent of the interest to be forfeited. The Rule was satisfied in this instance since the indictment advised the defendant that all of his interest in the illicit enterprise was to be forfeited”, *Criminal Resource Manual* 234

información, a disponer por venta directa de los bienes decomisados y a tomar las medidas necesarias para asegurar y mantener los bienes⁴⁴⁰.

El dictado de la medida de decomiso deberá hacerse **público**, encargándose el Estado de **notificar los interesados**⁴⁴¹.

Cualquier persona, diferente al demandado, que **alega un interés jurídico** en el bien, podrá **presenta una acción ante la Corte dentro del plazo de treinta días desde la notificación**⁴⁴². En caso de darle la razón al reclamante por tener **derecho sobre el bien o por ser adquirente a título oneroso de buena fe**, se dejará sin efecto la medida de decomiso parcial o totalmente⁴⁴³.

⁴⁴⁰ “Sec. 1963 (g) With respect to property ordered forfeited under this section, the Attorney General is authorized to -

(1) grant petitions for mitigation or remission of forfeiture, restore forfeited property to victims of a violation of this chapter, or take any other action to protect the rights of innocent persons which is in the interest of justice and which is not inconsistent with the provisions of this chapter;

(2) compromise claims arising under this section;

(3) award compensation to persons providing information resulting in a forfeiture under this section;

(4) direct the disposition by the United States of all property ordered forfeited under this section by public sale or any other commercially feasible means, making due provision for the rights of innocent persons; and

(5) take appropriate measures necessary to safeguard and maintain property ordered forfeited under this section pending its disposition”.

⁴⁴¹ “(1) (1) Following the entry of an order of forfeiture under this section, the United States shall publish notice of the order and of its intent to dispose of the property in such manner as the Attorney General may direct. The Government may also, to the extent practicable, provide direct written notice to any person known to have alleged an interest in the property that is the subject of the order of forfeiture as a substitute for published notice as to those persons so notified”.

⁴⁴² “(2) Any person, other than the defendant, asserting a legal interest in property which has been ordered forfeited to the United States pursuant to this section may, within thirty days of the final publication of notice or his receipt of notice under paragraph (1), whichever is earlier, petition the court for a hearing to adjudicate the validity of his alleged interest in the property. The hearing shall be held before the court alone, without a jury”.

⁴⁴³ “(6) If, after the hearing, the court determines that the petitioner has established by a preponderance of the evidence that -

(A) the petitioner has a legal right, title, or interest in the property, and such right, title, or interest renders the order of forfeiture invalid in whole or in part because the right, title, or interest was vested in the petitioner rather than the defendant or was superior to any right,

Una vez finalizado este plazo para reclamar o solucionados todos los reclamos, **el Estado tendrá derecho sobre los bienes impidiendo que se alegue la buena fe de los próximos adquirentes a título oneroso**⁴⁴⁴.

1.3 Publicidad del sistema

En la sección 524, se establecen ciertas reglas para que el programa de recupero de activos sea **transparente**. Por lo cual, el *Attorney General* deberá rendir cuentas al Congreso haciendo públicos los fondos depositados, los gastos realizados, los bienes utilizados por las agencias federales, los bienes transferidos a las agencias locales y los bienes dispuestos e incautados⁴⁴⁵. Asimismo, se

title, or interest of the defendant at the time of the commission of the acts which gave rise to the forfeiture of the property under this section; or

(B) the petitioner is a bona fide purchaser for value of the right, title, or interest in the property and was at the time of purchase reasonably without cause to believe that the property was subject to forfeiture under this section;

the court shall amend the order of forfeiture in accordance with its determination”.

⁴⁴⁴ “Sec. 1963 (7) Following the court's disposition of all petitions filed under this subsection, or if no such petitions are filed following the expiration of the period provided in paragraph (2) for the filing of such petitions, the United States shall have clear title to property that is the subject of the order of forfeiture and may warrant good title to any subsequent purchaser or transferee”.

⁴⁴⁵ “(6)(A) The Attorney General shall transmit to Congress and make available to the public, not later than 4 months after the end of each fiscal year, detailed reports for the prior fiscal year as follows:

- `(i) A report on total deposits to the Fund by State of deposit.
- `(ii) A report on total expenses paid from the Fund, by category of expense and recipient agency, including equitable sharing payments.
- `(iii) A report describing the number, value, and types of properties placed into official use by Federal agencies, by recipient agency.
- `(iv) A report describing the number, value, and types of properties transferred to State and local law enforcement agencies, by recipient agency.
- `(v) A report, by type of disposition, describing the number, value, and types of forfeited property disposed of during the year.
- `(vi) A report on the year-end inventory of property under seizure, but not yet forfeited, that reflects the type of property, its estimated value, and the estimated value of liens and mortgages outstanding on the property.
- `(vii) A report listing each property in the year-end inventory, not yet forfeited, with an outstanding equity of not less than \$1,000,000”.

realizarán auditorías financieras que serán públicas y se comunicarán al Congreso⁴⁴⁶.

Organismos

Secretary of the Treasury

La *Secretary of the Treasury* a través de la ***Treasury Executive Office for Asset Forfeiture*** (TEOAF), creada en 1992, administra algunos de los sistemas de decomiso⁴⁴⁷.

Asimismo, tiene competencia para realizar los procedimientos administrativos en ciertos delitos, diseña los *guidelines* y mecanismos, se encarga de capacitar al personal encargado de ejecutar la ley, promueve la cooperación entre las agencias nacionales y locales e intenta cubrir los costos de los procedimientos de incautación y decomiso con los bienes recuperados.

Una sección especializada en la incautación y decomiso es responsable del Asset Forfeiture Tracking and Retrieval System (AFTRAK). Este es el sistema de investigación para obtener la información necesaria para la procedencia de acciones de decomiso. Asimismo, esta sección se encarga de controlar a todos los agentes que ejecutan las medidas, avisa a la EOAF de las incautaciones y decomisos más importantes y le provee la información necesaria

.Attorney General

⁴⁴⁶ “(B) The Attorney General shall transmit to Congress and make available to the public, not later than 2 months after final issuance, the audited financial statements for each fiscal year for the Fund”.

⁴⁴⁷ Estos sistemas son Internal Revenue Service Criminal Investigation Division (IRS-CI), U.S. Department of the Treasury; U.S. Immigration and Customs Enforcement (U.S. ICE), Department of Homeland Security; U.S. Customs and Border Protection (U.S. CBP); Department of Homeland Security; U.S. Secret Service, Department of Homeland Security; U.S. Coast Guard, Department of Homeland Security

Es el **órgano encargado de ejecutar la ley federal**, por lo tanto, deberá realizar lo necesario para que se cumpla el régimen de decomiso civil y criminal solicitando medidas para asegurar el decomiso y actuando en la etapa judicial.

Se encarga de la persecución penal de los delitos de lavado de dinero que estará a cargo de los **United States Attorneys** (fiscales federales); ya que llevan a cabo las demandas civiles y penales contra la propiedad decomisible. En general, cada fiscalía tiene como mínimo un fiscal encargado de estas acciones de decomiso.

Se ha registrado que en 1995, persiguieron 1.387 casos criminales recuperando 4.727 activos (1649 activos fueron decomisados en 430 casos criminales y 2193 decomisos civiles fueron ordenados en 1379 casos). En 1995 se recuperó unos 487.5 millones, 316,4 es dinero decomisado y 143,1 es dinero obtenido por la venta. En 1996 se recuperó 348.2 millones mientras que en el 2003, se recuperaron más de 466 millones.

2.2.1. The Asset Forfeiture and Money Laundering section⁴⁴⁸

Una de las secciones del organigrama está especializada en recupero y se denomina la **Asset Forfeiture and Money Laundering section** (AFMLS) de la *Criminal Division*. Esta oficina deberá coordinarse con la *Special Operations Division* (SOD), el *Federal Bureau of Investigation* (FBI) y la *Drug Enforcement Agency* (DEA).

Fue creada en 1994 y se encarga específicamente de apoyar la litigación criminal y civil –da *guidelines*–, provee apoyo jurídico a los fiscales, establece y promulga políticas y procedimientos, coordina con los otros distritos la incautación y la litigación, determina las peticiones de remisión o mitigación en los casos judiciales, administra equitativamente el programa de distribución, coordina y litiga

⁴⁴⁸ Criminal.Division@usdoj.gov

Department of Justice Criminal Division; 950 Pennsylvania Ave. Washington, D.C. 20530-0001 Asset Forfeiture and Money Laundering Section, Chief, 514-1263.

internacionalmente y reparte los fondos con Estados extranjeros. Aparte se encarga de la capacitación de los fiscales y de hacer propuestas legislativas.

United States Marshals Services

El ***United States Marshals Services*** se encarga de ejecutar las medidas de decomiso y de ser el custodio principal de la propiedad incautada, así como de su gerenciamiento y disposición. Debe destacarse que su rol no es sólo de custodia, sino que **asesora** a los fiscales sobre la conveniencia económica de las medidas de decomiso.

Assets Forfeiture Management Staff (AFMS)

Tiene la responsabilidad por **la administración y financiación del Programa de decomiso**. Se encarga del gerenciamiento del Fondo⁴⁴⁹, la realización el control interno y la evaluación de las actividades, la identificación de las debilidades, el análisis la política legislativa y la propuesta de nueva regulación.

Department of Justice's Asset Forfeiture Program

Hay un programa de decomiso a cargo del ***Department of Justice (Asset Forfeiture Program)***. Este Programa tiene como metas la ejecución de la ley, el avance en la cooperación y la obtención de réditos. Es decir, sólo se decomisa, si se obtienen réditos, no tiene sólo el fin de privar a una persona de un bien; sino que se procura aumentar el presupuesto del Estado.

⁴⁴⁹ Existe un Assets Forfeiture Fund, compuesto por el dinero decomisado y lo obtenido de la venta de los bienes. Este Fondo funciona desde 1984 y se intenta que las medidas de incautación y de decomiso y los costos del recupero de activo se financien exclusivamente con los activos recuperados.

3.1 2000 *Strategy*

Desde el 2000, se viene aplicando una estrategia cuya actividad incluye el establecimiento de zonas de alta intensidad de control para desarrollar las actividades. Asimismo, se dieron préstamos a agencias locales, se propuso una nueva legislación para la colaboración con los Estados extranjeros y con las instituciones financieras y se recomendaron nuevas regulaciones respecto al reporte de actividades sospechosas a cargo de otras entidades que las financieras.

Sitios claves

Internal Revenue Manual

<http://www.irs.gov/irm/part9/index.html>

Criminal Resource Manual

http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm00000.htm

Us Code

<http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/plch46.html>

FEAR (ONG)

<http://www.fear.org/>

The Treasury Executive Office FOR Asset Forfeiture

<http://www.treas.gov/offices/enforcement/teofaf/>

Asset Forfeiture Program

<http://www.usdoj.gov/jmd/afp/>

Asset Forfeiture and Money Laundering Section (AFMLS)

<http://www.usdoj.gov/criminal/afmls.html>

Unites States Marshals Services. Asset Program

<http://www.usmarshals.gov/assets/index.html>

