

## La nueva ley de extinción de dominio del Ecuador (¿otra ley penal simbólica?)

Fernando Yávar Umpiérrez

1. *Crime doesn't pay* es una frase de origen anglosajón utilizada tanto para indicar -falsa y simbólicamente- que los criminales son siempre condenados por sus crímenes como que hay (o debería haber) más problemas que beneficios (principalmente económicos) en la comisión de delitos. La Ley Orgánica de Extinción de Dominio (LOED) fue aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en el Quinto Suplemento del Registro Oficial # 452 del 14 de mayo de 2021, con una fundamentación teleológica basada en esa frase y en la urgente necesidad de acoplarse a "un circuito jurídico implementado en países vecinos de la región<sup>1</sup>, cuyo trabajo legislativo ha marcado un énfasis en diseñar marcos normativos de lucha frontal contra la corrupción y por consecuencia, el enriquecimiento ilícito"<sup>2</sup>. Antes de revisar la nueva normativa en vigencia vale la pena analizar por qué al sistema penal se lo estimó insuficiente para prevenir y sancionar la corrupción, así como para la recuperación de activos de origen ilícito.
2. Una de las principales críticas al combate a la corrupción pública (y privada) mediante el proceso penal ha sido la utilización preferente de las *medidas cautelares personales contra los procesados*. Dictadas y ejecutadas las detenciones y prisiones preventivas se arriba a un placebo social que mantiene la percepción de haberse resuelto la causa. Más allá de la utilización como pena anticipada de las privaciones de libertad antes de la sentencia, llama poderosamente la atención la falta de reparación económica de las víctimas, principalmente del Estado que representa a esa sociedad que sufre en carne viva la merma del presupuesto gubernamental. La sentencia y su difusión no dejan de ser reparaciones simbólicas, que no restituyen al estado anterior de la comisión del hecho delictivo, no satisfacen a las víctimas, ni cesan los efectos de las infracciones perpetradas, ya que con las sentencias no come el pueblo, ni se compran medicamentos para los enfermos ni se construyen escuelas públicas.

---

1 Exposición de motivos: "Países como México (2019), Perú (2019), Colombia (2014), Argentina (2019) y El Salvador (2013), han implementado mecanismos jurídicos para recuperar bienes obtenidos por negocios abrazados a la corrupción".

2 Ídem.

3. En esa línea, es preciso señalar que el Código Orgánico Integral Penal si contiene *penas restrictivas de los derechos de la propiedad de los procesados*, especialmente el *comiso penal* que recae sobre sus bienes y de terceros cuando estos son *instrumentos, productos o réditos en la comisión de delitos dolosos* (art. 69). En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de:
- a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible.
  - b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal.
  - c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal.
  - d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.
  - e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal.
  - f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.
- Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.
4. Además en la misma normal penal se establece que en las sentencias condenatorias dictadas dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, obstrucción de la justicia, sobreprecios en la contratación pública, actos de corrupción en el sector privado, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.
5. Por otro lado, en los casos de *condenas penales contra personas jurídicas*, también se puede imponer el comiso penal (art. 71). En sentencia los jueces dispondrán que los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen,

liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

6. Adicionalmente, en algunas infracciones se hace referencia a la pena de comiso de forma particular:
  - a. Delito de abigeato (art. 199)<sup>3</sup>.
  - b. Penas para personas jurídicas por delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama (art. 258 numerales 1, 2 y 3).
  - c. Lavado de activos (art. 317 último inciso).
  - d. Financiación de terrorismo (art. 367).
7. Es preciso señalar que antes de la imposición de la pena de comiso penal, durante el proceso se pueden dictar *medidas cautelares sobre bienes de la persona natural o jurídica procesada*, como lo son: *el secuestro, la incautación, la retención y la prohibición de enajenar* (art. 549). Incluso durante la fase pre procesal de la Investigación Previa, el fiscal podrá solicitar autorización judicial para la realización de *actos urgentes* para obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito (art. 583) mediante los cuales pueden inmovilizar instrumentos, productos o réditos en la comisión de delitos.
8. A pesar de todas estas herramientas legales y tomando en cuenta la gran cantidad de procesos penales en materia de corrupción pública iniciados, la Fiscalía General del Estado de Ecuador aun cuando si tiene personas condenadas presas (y algunas prófugas), no ha logrado resultados relevantes en el congelamiento de bienes de naturaleza delictiva dentro de las causas judiciales en las que ha obtenido sentencias condenatorias ejecutoriadas por millonarios perjuicios al erario nacional, y mucho menos en la recuperación efectiva de activos<sup>4</sup> que puedan ser utilizados por el Estado en beneficio de la ciudadanía.

---

<sup>3</sup> "Se procederá al comiso de cualquier tipo de bien mueble o inmueble empleado para el cometimiento de este delito".

<sup>4</sup> Cuestión de suma importancia que se ha sumado (tardíamente) a la política criminal del Estado ecuatoriano mediante la reforma al COIP publicadas en el Suplemento # 107 del R.O. del 24 de diciembre de 2019 con relación al incentivo de denuncias efectivas de actos de corrupción y los beneficios de la cooperación eficaz, a saber:

**Art. 430.2.- Incentivos por denuncia efectiva.-** La persona que aporte con elementos probatorios que permitan la recuperación efectiva de bienes, dinero, fondos, activos y beneficios que sean el producto de actividades ilícitas como peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, testaferrismo, lavado de activos, asociación ilícita, delincuencia organizada, enriquecimiento privado no justificado y producción y tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, *podrá acceder a una compensación económica proporcional a los recursos económicos que el Estado logre recuperar, hasta un monto de entre el 10 % y máximo al 20 % de lo recuperado. Una vez recuperados los fondos y activos el juez dispondrá la entrega inmediata de los recursos.*

Se podrá acceder a este beneficio una vez que se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada.

9. Con estos antecedentes y con el objetivo de dar un giro de 180 grados se aprobó la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. La referida norma regula el mecanismo por el cual la propiedad de los bienes de origen ilícito o injustificado o destino ilícito localizados en el Ecuador y en el extranjero se afectarán judicialmente en favor del Estado<sup>5</sup>. Según el art. 4 de la referida ley la naturaleza jurídica de la acción de extinción de dominio es patrimonial, *autónoma, distinta e independiente de cualquier otro proceso o materia*.
10. Tanto el artículo 3 como el 4 de la LOED resaltan la independencia del juicio de extinción de dominio de otro proceso, siendo evidente la referencia implícita al proceso penal. Sin embargo, en el trámite legislativo esto se modificó, ya que en el Dictamen 1-21-OP/21 de la Corte Constitucional (CC) -emitido en atención a la objeción parcial por razones de inconstitucionalidad presentada por el presidente de la República, Lenín Moreno Garcés, respecto de los artículos 4, 8, 71 y 72-, se le reconoce *naturaleza jurídico penal a la extinción de dominio*<sup>6</sup> - siendo parte del jus puniendi estatal- y posteriormente la Asamblea

No podrán acceder a este beneficio quienes, en cualquier grado, hayan participado en la comisión de la infracción.

**Art. 493.- Concesión de beneficios de la cooperación eficaz.- ...**

Estos beneficios podrán solicitarse también cuando, como resultado de la cooperación eficaz, se permita la *ubicación o recuperación de activos*, dinero, bienes, efectos o beneficios de origen ilícito, en tenencia o propiedad de otros participantes en el delito o de terceros.

<sup>5</sup> El art. 3 de la LOED dispone: La extinción de dominio consiste en la declaración de titularidad a favor del Estado mediante sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación alguna para su titular, ni quien ostente o se comporte como tal y se aplica sobre bienes adquiridos mediante acciones u omisiones contrarias al derecho.

La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real, **se dirige contra bienes y no contra personas** y se declara a través de un procedimiento autónomo e independiente de cualquier otro juicio o proceso.

<sup>6</sup> Dictamen 1-21-OP/21 de la CC:

*“66. La Asamblea sostiene que el Proyecto de Ley tiene un carácter patrimonial y no impone sanciones, en cuanto se dirige a bienes y no a personas. Sin embargo, esta Corte observa que, si bien es cierto que la acción de extinción de dominio se dirige contra bienes y no contra personas, esos bienes tienen un titular, y ese titular tiene un derecho real de dominio sobre ellos, ejercido por efecto de su derecho constitucional a la propiedad. Por ello, **cuando a través de la acción se declare la extinción de dominio de un bien a favor del Estado, se estará imponiendo una sanción de carácter patrimonial sobre una persona: la extinción de su derecho de dominio sobre dicho bien. En consecuencia, a juicio de esta Corte, la acción de extinción de dominio efectivamente impone una sanción restrictiva del derecho de propiedad** y, como tal, a esta le es aplicable la garantía establecida en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución. ...*

*78. El principio de legalidad se aplica a toda expresión del **poder punitivo del Estado**, es decir, a cualquier proceso que implique menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Como ya se determinó en el presente Dictamen, **el proceso de extinción de dominio constituye la aplicación de una sanción restrictiva del derecho a la propiedad**, por lo que le es plenamente aplicable la garantía del debido proceso del artículo 76 numeral 3 de la Constitución. En consecuencia, la definición clara y precisa de los supuestos bajo los cuales el Estado declarará extinguido el derecho de dominio constituye un presupuesto esencial para que se cumpla el principio de legalidad.”*

Nacional -al conocer el veto presidencial- eliminó en la práctica (aunque se mantenga formalmente en el texto de la LOED) la *autonomía* de la acción al crearse un obstáculo para el ejercicio de la acción penal de la extinción de dominio.

11. El artículo 5<sup>7</sup> (condiciones para la extinción de dominio) aprobado finalmente por el Legislativo dice lo siguiente:

**“Artículo 5. Condiciones para la extinción de dominio.-** Para que se configure la extinción de dominio debe comprobarse la concurrencia de las siguientes condiciones:

1. La existencia de algún bien o bienes presumiblemente de origen ilícito o injustificado o de destino ilícito;

**2. La existencia de una actividad ilícita:**

3. El nexo causal de los dos elementos anteriores; y,

4. El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular del bien acerca de su origen ilícito o injustificado o su destino ilícito, a menos que tanto el titular como el beneficiario final demuestren que estaban impedidos de conocerlo.”

12. La Corte Constitucional respecto de la definición de *actividad ilícita*<sup>8</sup> aprobada en segundo debate por la Asamblea Nacional sostuvo en su Dictamen lo siguiente:

*“82. En definitiva, a juicio de esta Corte, existe un catálogo indeterminado de situaciones jurídicas que darían paso a la sanción de extinción de dominio, entre las cuales se encuentran situaciones que, de ser consideradas como actividades que habilitarían la extinción de dominio, incumplen la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones de cualquier naturaleza. Esta amplitud e indeterminación genera además la imposibilidad de que las personas puedan determinar razonablemente el alcance de la norma con miras a adecuar su conducta, afectando el elemento de certeza y claridad del derecho a la seguridad jurídica.*

<sup>7</sup> El artículo 5 aprobado en segundo debate decía lo siguiente:

**“Art. 5.- Condiciones para la extinción de dominio.** - Para que se configure la extinción de dominio debe comprobarse la concurrencia de las siguientes condiciones:

1. La existencia de algún bien o bienes presumiblemente de origen ilícito o injustificado o de destino ilícito;

**2. La presunción de la existencia de un acto ilícito:**

3. El nexo causal de los dos elementos anteriores; y,

4. El conocimiento que tenga o deba haber tenido el titular del bien acerca de su origen ilícito o injustificado o su destino ilícito, a menos que tanto el titular como el beneficiario final demuestren que estaban impedidos de conocerlo.

<sup>8</sup> La versión aprobada en segundo debate por la AN fue la siguiente:

**Artículo 7.- Definiciones.-** Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

**a) Actividad ilícita.-** Toda actividad contraria al ordenamiento jurídico vigente, independientemente de la responsabilidad penal. ...

83. La Corte reitera que la extinción de dominio implica una sanción restrictiva del derecho de propiedad, por lo que, para fijar las causales de procedencia de la acción, la Asamblea debe cumplir su deber de definir de manera clara las conductas no permitidas y que darán lugar a la acción, para lo que debe fijar sus elementos objetivos y subjetivos de modo que permita deslindarlas de otros comportamientos no sancionados. Las conductas que serán objeto de extinción de dominio deben estar delimitadas de la manera más clara y nítida posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa. Además, la calificación de una conducta como ilícita y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a tal conducta pues, de no ser así, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto.

84. Por estas razones, la Corte identifica que la definición de actividad ilícita del artículo 7 literal a) y la causal de procedencia del artículo 19 literal a) son incompatibles con el derecho al debido proceso en la garantía de proporcionalidad en la imposición de sanciones, reconocida en el artículo 76 numeral 6 y, con el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución. Para enmendar esta situación, la Asamblea deberá determinar con claridad las causales para la procedencia de la acción de extinción de dominio, y estas causales deben ser proporcionales a la sanción patrimonial que se pretende establecer en el Proyecto de Ley.”

13. Con ese antecedente, el órgano legislativo finalmente redefinió “actividad ilícita” en la versión final del art. 7 literal a) de la LOED de la siguiente forma:

**“Artículo 7.- Definiciones.-** Para la aplicación de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

**a) Actividad ilícita.-** Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Integral Penal de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, y tráfico de personas, **establecidos mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.** ...”

14. Al exigirse la existencia previa de una sentencia condenatoria ejecutoriada en sede penal, se creó normativamente un **caso de prejudicialidad penal para el ejercicio de la acción penal de extinción de dominio**, que impedirá la sustanciación simultánea de ambas acciones penales. De tal forma que de abrirse una investigación patrimonial o pre procesal sobre extinción de dominio en la Fiscalía General del Estado o al dictarse una resolución fiscal de pretensión de

extinción de dominio, lo primero que tiene que hacer un defensor de las personas naturales o jurídicas afectadas (legitimado pasivo del proceso) es exigir que se sienta razón del cumplimiento del requisito de prejudicialidad penal, y de no haberse cumplido con eliminar el obstáculo para el ejercicio de la acción penal de extinción de dominio deberá declararse la nulidad y/o archivarse la causa.

15. En conclusión, la versión definitiva de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio no es ni la sombra de lo que pudo ser una excelente herramienta para la identificación, judicialización y sanción de la corrupción; si se iba a aprobar debía hacérselo respetando su naturaleza jurídica patrimonial y con todos los mecanismos que le permitieran ser realmente eficaz. El veto presidencial, el Dictamen de la Corte Constitucional y las modificaciones incluidas por la Asamblea Nacional al final del trámite legislativo nos dejaron *otra norma penal simbólica*<sup>9</sup> que tendrá una escasa y residual aplicación. Es urgente que se reforme la Ley Orgánica de Extinción de Dominio y que en la persecución penal de los delitos (especialmente económicos y contra la eficiencia de la administración pública) la Fiscalía General del Estado haga uso de todas las instituciones que le permiten congelar los instrumentos, productos o réditos de la comisión de delitos desde el inicio de la investigación penal para lograr una efectiva recuperación de activos en favor de la ciudadanía, solo así el crimen dejará de ser lucrativo para los criminales pero hasta mientras Crime is still paying<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> **Hassemer** advierte que Noli “ya en su *Gesetzgebunglehre* había advertido de forma cautelosa que «Leyes con un carácter exclusivamente simbólico» no son «excesivamente infrecuentes». Posteriormente desarrolló este tema de forma monográfica y adoptó las enseñanzas de la «teoría del comportamiento»; ésta estudia «reacciones de sustitución» y se refiere con ello a los comportamientos de animales que se agotan en actitudes de combate o amenazantes porque no están en condiciones de llevar a cabo la batalla real: del mismo modo también en el caso de leyes simbólicas existe una exigencia de regular sin que al propio tiempo existan las condiciones para su aplicación y ejecución”. Hassemer, Winfried, «*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*», en Varios Autores «*Pena y Estado*», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.

<sup>10</sup> El crimen sigue pagando (a los delincuentes).