



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Proyecto de Ley de Extinción de Dominio: ¿Solución ante la Corrupción o un Camino para Vulnerar Derechos?

**María José Bahamonde Jácome
David Francisco Delgado del Hierro**

2021 / 03

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2021 / 02 / 22

Difundido: 2021 / 03 / 22

Materias: derecho penal, derecho constitucional

URL: <https://ssrn.com/abstract=3810187>

Citación sugerida: Bahamonde Jácome, María José & Delgado del Hierro, David Francisco. “Proyecto de Ley de Extinción de Dominio: ¿Solución ante la Corrupción o un Camino para Vulnerar Derechos?”. *USFQ Law Working Papers*, 2021/03, <https://ssrn.com/abstract=3810187>.

© María José Bahamonde Jácome & David Francisco Delgado del Hierro

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autoral para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

Proyecto de Ley de Extinción de dominio: ¿Solución ante la corrupción o un camino para vulnerar derechos?

Domain Extinction Bill: ¿A remedy for corruption or a way to violate rights?

María José Bahamonde Jácome*
David Francisco Delgado del Hierro**

Resumen

La corrupción y la impunidad han dejado huellas permanentes en la vida de los ecuatorianos, llevando a las autoridades nacionales e internacionales a buscar soluciones para frenar este atropello existente en varios países del mundo. En Ecuador, siguiendo las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas, varias iniciativas han propuesto incorporar la institución de la extinción de dominio dentro de nuestro ordenamiento jurídico para brindar seguridad jurídica y combatir la corrupción de frente. Sin embargo, dichos proyectos de ley no se corresponden con las garantías y principios constitucionales que rigen en nuestro país, presentándose varias inconsistencias y aumentando el riesgo de inminentes vulneraciones de derechos. Por esta razón, en el presente artículo, además de reconocer la importancia de incorporar la extinción de dominio en nuestro sistema y evidenciar las falencias que tienen estas propuestas —próximas a entrar en vigor al haber sido aprobadas por el Pleno de la Asamblea Nacional— se propone una reforma al Código Orgánico Integral Penal o un proyecto de ley que se ajuste de forma armónica con la Constitución, precautelando la presunción de inocencia y el debido proceso.

Palabras clave: proyecto de ley / extinción de dominio / presunción de inocencia / corrupción / actividad ilícita / Código Orgánico Integral Penal

Abstract

Corruption and impunity have left a permanent damage in every Ecuadorian's heart, leading national and international authorities to seek for solutions to stop these abuses in many countries around the world. In Ecuador, following the United Nations Organization's advices, some initiatives have purposed to introduce the domain extinction institution in national law. However, these legislative proposals are not harmonic with constitutional guarantees and principles that rule in our country. It represents an imminent risk for legal security and human rights protection. That is why this paper recognizes the need of the domain extinction institution in our legal system; evidences the flaws these legislative proposals have; and purposes a legal reform to the Criminal Code or a new legislative proposal that respects the Constitution.

Keywords: *Bill / domain extinction institution / presumption of innocence / corruption / illegal activity / Criminal Code*

* Investigadora independiente, código postal 170530, Quito, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Correo electrónico: majobahamonde97@gmail.com.

** Investigador independiente, código postal 170520, Quito, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Correo electrónico: ddelgadodh@gmail.com.

Introducción

En la actualidad ecuatoriana, existen dos proyectos de ley relacionados a la extinción de dominio, el primero presentado por el ex fiscal Carlos Baca Mancheno en el año 2017¹ y el segundo propuesto por el Asambleísta Fabricio Villamar². Ambos proyectos, después de 4 años, han logrado la aprobación por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador³ (Asamblea). Así, se ha dado paso a la espera por la aprobación o no por parte del presidente de la república.

El día 22 de octubre de 2019, el Asambleísta Fabricio Villamar presentó el Proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado (Ley de Extinción de Dominio), que fue aprobado en primer debate por la Asamblea en enero de 2021. Sobre la Ley de Extinción de Dominio, los autores del presente trabajo presentamos observaciones a la Asamblea el 17 de noviembre de 2020, expresando nuestra preocupación y con el deseo de contribuir al debate. Sin embargo, hasta el día de hoy no existen cambios fundamentales que precautelen los derechos protegidos por la Constitución de la República del Ecuador (CRE).

Es un deseo de todo el pueblo ecuatoriano que la institución de la extinción de dominio se adopte en nuestra legislación al considerarla esencial y vital para la lucha contra la corrupción. Sin embargo, la introducción de esta figura debe ser acorde al ordenamiento jurídico ecuatoriano, para precautelar principios básicos del él, como el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa. La Ley de Extinción de Dominio atenta directamente contra disposiciones constitucionales y legales, violando así varios derechos de los ecuatorianos, garantizados y protegidos constitucionalmente.

El presente análisis sobre el proyecto de ley antes mencionado se divide en tres secciones: (1) la importancia de tener la institución de extinción de dominio en la legislación ecuatoriana; (2) problemas en la aplicación de los proyectos de ley de extinción de dominio; y, (3) propuesta.

Importancia de la extinción de dominio

El proyecto de ley parte de la iniciativa de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, que fue propuesta en el mes de abril de 2011 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el marco de su Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe⁴. Esta propuesta ha sido acogida en distintos países, como Guatemala, Colombia y México, donde se expidieron nuevas leyes para su aplicación correspondiente, adaptadas a su legislación interna.

¹ Proyecto de Ley de Extinción de Dominio (Primer Proyecto de Ley), Carlos Bladimir Baca Mancheno, Artículo 2478, del 20 de diciembre de 2017.

² Proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado (Ley de Extinción de Dominio) (Segundo Proyecto de Ley), Fabricio Villamar, del 22 de octubre de 2019.

³ Órgano legislativo ecuatoriano.

⁴ Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), de abril de 2011.

Este proyecto da paso a que el Estado tenga una herramienta fuerte para luchar contra la corrupción y de esta manera enfrentar el crimen organizado. Por consiguiente, la intención de adoptar esta institución jurídica —de extinción de dominio— está fundamentada en ideas que protegen derechos fundamentales, como son la seguridad nacional y el derecho a la propiedad privada adquirida legítimamente, así como para prevenir que autores y cómplices, mediante actividades ilícitas, utilicen el derecho de propiedad privada como un arma a su favor para aprovecharse del resultado de sus delitos.

Aunque la idea y fundamentos de la institución que se pretende adoptar son válidos y necesarios para países como el nuestro —donde la corrupción está gravemente presente—, es indispensable regularla adecuadamente dentro de la legislación interna. Pues, si se llegara a incorporarla de manera errónea, conllevaría que no cumpla con sus objetivos y que se presenten irregularidades que afecten a los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. Además, el Estado podría llegar a tener que asumir ante tribunales internacionales las consecuencias de estas vulneraciones. Por tal motivo, destacamos problemas latentes que muestran por qué la Ley de Extinción de Dominio no debería obtener la sanción por parte del poder ejecutivo en la manera en la que se lo ha presentado, puesto que los conflictos inminentes chocarían con el ordenamiento jurídico, así como también con el ejercicio de varios derechos.

De aprobarse el proyecto de ley, las consecuencias para el Estado ecuatoriano serían graves pues, de extinguirse el dominio sin contar con una sentencia penal condenatoria por la actividad ilícita relacionada con los bienes objeto de la extinción, se vulneraría la presunción de inocencia al impartir una pena a personas en relación de las cuales aún no se ha demostrado culpabilidad alguna. Por otro lado, incluso si los afectados fuesen declarados culpables en un futuro por sentencia penal condenatoria, la pena habría sido impartida con anterioridad a la declaración de culpabilidad, habilitándoles a acudir a instancias internacionales y demandar al Estado —con buenas posibilidades de éxito—. El perjuicio al Estado se vería reflejado tanto por el cometimiento del delito, como por las indemnizaciones a las que el tribunal internacional podría condenar al Estado.

Problemas en la aplicación de los proyectos de ley de extinción de dominio

Los dos proyectos de ley que fueron presentados al Pleno de la Asamblea Nacional (Pleno) contienen disposiciones incompatibles con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Primer Proyecto de Ley, presentado por Carlos Baca Mancheno, confunde dos ramas completamente separadas del derecho al crear un proceso de naturaleza mixta penal-civil, desafiando el principio de economía procesal⁵ y constituyendo una traba para el proceso en cuestión. El Segundo Proyecto De Ley, presentado por Villamar y aprobado por la Asamblea, vulnera el derecho al debido proceso⁶ en cuanto a la presunción de inocencia⁷

⁵ Constitución de la República del Ecuador (CRE), Artículo 169, Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

⁶ CRE, Artículo 76.

⁷ *Ibíd.*, Artículo 76.2.

y el derecho a la defensa⁸; vulnera el derecho a ser juzgado por un juez competente y el principio de juez natural⁹; así como otros derechos y principios reconocidos por la CRE.

En otros países en donde la figura jurídica de extinción de dominio ya ha sido implementada, la jurisprudencia afirma que la presunción de buena fe es suficiente para el procedimiento de la extinción de dominio, ratificando que el principio de presunción de inocencia no es aplicable¹⁰. Esto se debe a que es considerada como una medida de naturaleza no penal, por lo que la responsabilidad recae en la cosa más no en el tenedor de ella¹¹; sin embargo, es evidente que la afectación a la cosa es una afectación directa al derecho de propiedad del afectado.

Con base en lo anteriormente mencionado, Villamar en su proyecto de ley no exigía la sentencia condenatoria penal como requisito previo, considerándolo como un procedimiento autónomo e independiente al penal. Con esto se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, prescrito en el artículo 76, numeral 2, de la CRE¹². Esto se ve claramente en el artículo 4 del proyecto de ley y en el artículo 3 del texto aprobado por la Asamblea Nacional:

“La extinción de dominio es una consecuencia jurídica patrimonial de actividades ilícitas o injustificadas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, por sentencia judicial, de los bienes a que se refiere esta ley, independientemente de quien los tenga en su poder, o los haya adquirido, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna”¹³.

“La extinción de dominio es patrimonial, imprescriptible, autónoma, distinta e independiente de cualquier otro proceso o materia”¹⁴.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 5 —en referencia a los principios procesales— prescribe que “[...] toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoria una sentencia a que determine lo contrario”¹⁵. Sin embargo, en el Segundo Proyecto De Ley, la presunción de inocencia se vulnera en cuanto la carga probatoria se invierte injustificadamente, requiriendo al afectado las pruebas necesarias de su inocencia en ausencia de sentencia penal condenatoria sobre la actividad ilícita investigada. Por lo tanto, en este proyecto de ley no es importante si el afectado es o no el responsable de la actividad ilícita de la que sus bienes provienen.

⁸ *Ibíd.*, Artículo 76.7.

⁹ *Ibíd.*, Artículo 76.3.

¹⁰ Tesis de jurisprudencia 23/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal de México, en sesión de 25 de marzo de 2015.

¹¹ Ana Carrillo del Teso. “La extinción de dominio como herramienta para la recuperación de activos en América Latina y el Proyecto de Ley Orgánica en Ecuador”. *Rev. Derecho Penal Central* 1 (2019), 11-12.

¹² CRE, Artículo 76.2.

¹³ Segundo Proyecto de Ley, Artículo 4, del 22 de octubre de 2019.

¹⁴ Texto aprobado por la Asamblea, Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Fabricio Villamar, Artículo 3, del 20 de enero de 2021.

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal (COIP), Artículo 5, Registro Oficial Suplemento 180 del 28 de enero de 2014.

El Segundo Proyecto De Ley, además de vulnerar la presunción de inocencia, impone medidas cautelares excesivamente desproporcionales para el afectado. Se propone como medidas la incautación y la retención de los bienes provenientes de actividades ilícitas¹⁶, sin tomar en cuenta que los afectados, probablemente, en determinadas circunstancias, no tengan nada que ver con la actividad ilícita perseguida.

Acertadamente el asambleísta Villamar y el Pleno abandonaron la idea de enlazar dos disciplinas completamente distintas, como lo proponía Carlos Baca Mancheno en el artículo 24 de su proyecto de ley¹⁷. En tanto aquel proponía un proceso de naturaleza mixta, confundiendo conceptos y facultades propias del derecho civil con las de lo penal como se mencionó anteriormente. Esta confusión se debe a que la extinción de dominio aparenta tener una naturaleza civil, pues se asemeja a los modos de extinguir el dominio como la prescripción extintiva, regulada por el Código Civil¹⁸. Por tal razón, es necesario comprender la naturaleza de esta figura, completamente ajena al Derecho Civil.

Tanto la prescripción extintiva como la figura de extinción de dominio comparten como efecto principal la extinción del dominio. El problema a simple vista surge por la idéntica denominación de la figura que se pretendía incorporar en el año 2017, a través del Primer Proyecto De Ley, con el efecto de la prescripción extintiva. Sin embargo, la diferencia radica en la finalidad y naturaleza de cada figura. Por un lado, la extinción de dominio — a la que se refería el Primer Proyecto De Ley— tiene como objetivo castigar a los responsables del delito, para que no puedan beneficiarse de la actividad ilícita¹⁹. Por otro lado, la prescripción extintiva, prescrita en el Código Civil, se define como: “un modo de [...] extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, **o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo**, y concurriendo los demás requisitos legales”²⁰ (negritas añadidas).

Las dos figuras buscan castigar. Sin embargo, la prescripción extintiva castiga una inactividad que no es ilícita: el no haber ejercido ciertas acciones y derechos durante un tiempo determinado conforme al Código Civil. Mientras que la extinción de dominio castiga el cometimiento de una actividad ilícita tipificada en el COIP, conforme lo afirman acertadamente ambos proyectos de ley²¹. Además, el que pertenece a lo civil requiere de un tiempo prolongado de falta del ejercicio de derechos y acciones por parte del titular²², mientras que el de la extinción de dominio no precisa ni requiere de tiempo alguno. De esta manera se puede establecer claramente que estas dos figuras son completamente distintas en cuanto a su finalidad y requisitos.

Aunque la jurisprudencia colombiana ha dictado que: “[...] la acción de extinción de dominio se desliga de la comisión de conductas punibles y se consolida como una institución que desborda el marco del poder punitivo del Estado y que se relaciona

¹⁶ Texto aprobado por la Asamblea, Artículo 34.

¹⁷ Primer Proyecto de Ley, Artículo 24.

¹⁸ Código Civil, Artículo 2392, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

¹⁹ Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

²⁰ Código Civil, Artículo 2392.

²¹ Primer Proyecto de Ley, Artículo 2; Segundo Proyecto de Ley, Artículo 4.

²² Código Civil, Artículo 2392.

estrechamente con el régimen del derecho de propiedad²³, se debe tomar en cuenta que esta figura jurídica busca imponer una sanción por el cometimiento de actividades ilícitas, y a pesar de que el resultado no recae sobre el derecho de libertad de la persona, si lo hace sobre el de propiedad, constituyendo una pena.

Por lo tanto, al comprobar que son dos conceptos distintos, no es necesario crear jueces anticorrupción o jueces especializados que resuelvan únicamente sobre los bienes objeto de la extinción de dominio —como prescribe el artículo 15 del Segundo Proyecto de Ley o, en su defecto, el artículo 18 del Texto aprobado por el Pleno²⁴—. Por el contrario, al tener única relación con la materia penal, son perfectamente competentes los jueces de lo penal que conozcan sobre delitos que causen un perjuicio económico al Estado. De esta manera se garantizaría el principio de economía procesal, puesto que el juez de lo penal que decide sobre la actividad ilícita también decidirá sobre los bienes provenientes de ella. Teniendo un solo proceso, en el cual se resuelve sobre la actividad ilícita y sobre la extinción de dominio, carecería de sentido realizar una investigación previa para la actividad ilícita y una investigación patrimonial para los bienes objeto de la extinción²⁵.

El procedimiento especial prescrito en el Segundo Proyecto de Ley²⁶ y en el Texto aprobado por el Pleno de la Asamblea²⁷ resultará en gastos innecesarios de recursos —públicos y privados— y vulneraciones de derechos, como la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, y los principios de celeridad y economía procesal²⁸. Puesto que, al aprobarse el Segundo Proyecto de Ley en dichos artículos por el Pleno, existe el riesgo de que por un lado un juez especializado extinga el dominio sobre los bienes del afectado y por otro un juez de lo penal emita sentencia de no culpabilidad en el mismo caso.

En conclusión sobre esta sección, todos estos problemas y confusiones identificados en el proyecto de ley presentado por el Asambleísta Villamar y aprobado por el Pleno podrían llegar a tener efectos irreversibles en los derechos y principios protegidos y garantizados por la CRE.

Propuesta

Una vez reconocida la importancia de incorporar la institución de la extinción de dominio en nuestro ordenamiento y al evidenciar la ineficiencia de los proyectos de ley, procedemos a proponer la forma en la que se considera que la institución debe introducirse en el ordenamiento ecuatoriano, siguiendo de forma armónica y concordante con él.

²³ Sentencia C-740 del 28 de agosto de 2003. Acción de constitucionalidad. M. P. Jorge Córdoba Triviño. Corte Constitucional Colombiana.

²⁴ Texto aprobado por la Asamblea, Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Fabricio Villamar, Artículo 18.

²⁵ *Ibíd.*, Artículo 22.

²⁶ Artículo 22.

²⁷ Artículos 19 y 34.

²⁸ CRE, Artículo 75 y 179.

Se considera adecuado introducir la institución de extinción de dominio, ya sea mediante un proyecto de ley o una reforma al COIP. Cualquiera sea la vía que se escoja, lo fundamental es incluir la figura de extinción de dominio como una sanción penal para delitos que causen perjuicios económicos para el Estado y permitir que los jueces de lo penal, competentes en los delitos antes mencionados, impongan la pena. Esta figura debe ser introducida como pena y no como una forma de indemnización. Pues claramente la finalidad de la figura es sancionar a quienes cometan perjuicios económicos contra el Estado, no el indemnizar al perjudicado. Mae Montaña²⁹ afirmó categóricamente que el proyecto “no es una ley para perseguir [... sino que] trata de perseguir a los bienes [... pues] no hay presunción de inocencia contra los bienes, contra fortunas mal habidas”³⁰. Sin embargo, al perseguir los bienes de una determinada persona y extinguir el dominio sobre los mismos, se produce una afectación directa al derecho a la propiedad de quien pierde el bien, sufriendo una pérdida cuantificable y claramente demostrable en su patrimonio. Por lo tanto, al extinguirse el dominio de los bienes del afectado, se vulnera la presunción de inocencia del afectado en tanto el mismo será quien deberá probar que los bienes objeto de la extinción de dominio no provienen de actividades ilícitas para no sufrir perjuicio en su patrimonio.

En todo proceso penal se deben seguir las disposiciones contenidas en el Libro Segundo “Procedimiento” del COIP, pues en él se encuentran las generalidades del proceso y la jurisdicción. Por consiguiente, los procedimientos adecuados para perseguir los delitos que causen un perjuicio económico al Estado deben ser los existentes en el COIP: ordinario, expedito, directo y abreviado³¹; de acuerdo al tipo de delito que se pretende perseguir. Ahora, por la naturaleza del delito perseguido, el proceso apropiado casi siempre será el procedimiento ordinario prescrito en el Título VII “Procedimiento Ordinario” del COIP. Estos delitos, por su naturaleza, y su tardía detección desde el acontecimiento de los hechos, muy difícilmente llegarían a ser tratados por las reglas de flagrancia.

El procedimiento ordinario, como los demás procedimientos penales, comienza por el conocimiento de la *notitia criminis*, en cuanto la misma se ve reflejada por la existencia de denuncias, informes de supervisión, providencias judiciales y los informes de Contraloría, que conforme Resolución de la Corte Constitucional, “deben entenderse como una más de las formas de tener la (sic) *noticia criminis*”³², y no como un requisito procedimental³³.

Así mismo, en la naturaleza propia de los procesos penales, después de conocer la *notitia criminis*, debe iniciarse una investigación previa de acuerdo a la temporalidad de la pena por el delito perseguido con base en las reglas prescritas en el artículo 585³⁴. Dentro de

²⁹ Asambleísta independiente del Ecuador, antes asambleísta por el partido CREO, durante el período 2017-2021.

³⁰ Teleamazonas Ecuador, “Mae Montaña analiza la Ley de Extinción de Dominio”, 18 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.teleamazonas.com/mae-montano-analiza-el-debate-de-la-ley-de-extincion-de-dominio/> (acceso 07/03/2021).

³¹ COIP, Artículo 634.

³² Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia 5-13-IN/19 de 2019, p. 8.

³³ Id.

³⁴ COIP, Artículo 585.

la investigación previa se lleva a cabo la instrucción fiscal, en la cual se realizan las diligencias iniciales, tales como el reconocimiento de lugar de los hechos, toma de versiones y demás prescritas en el artículo 444 del cuerpo legal³⁵. Es en esta investigación previa en la cual deben ejecutarse “técnicas especiales de investigación pertinentes para la extinción de dominio”³⁶, diligencias propuestas en la Fase de Investigación Patrimonial del Segundo Proyecto de Ley³⁷. Cabe señalar que dicho proyecto yerra al prescribir, en su artículo 22, que estas técnicas se encuentran en el Capítulo II del Título IV del COIP; cuando en verdad lo están en el Capítulo III del Título III, en el artículo 444 antes mencionado. Dicho error ha sido enmendado por el Pleno con la aprobación del Texto en su artículo 26 al afirmar genéricamente que las mismas se encuentran en el COIP³⁸.

En la fase de investigación previa “se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación”³⁹. Es en la fase de investigación previa en la que debe requerirse al fiscal reunir los elementos de convicción tanto para el cargo o descargo referentes a la actividad ilícita perseguida, como los elementos que prueben una o varias causales de extinción de dominio propuestas por el Segundo Proyecto de Ley, conforme su artículo 16.

Del mismo modo, durante la instrucción fiscal, el fiscal puede solicitar al juzgador “que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y el restablecimiento del derecho”⁴⁰. Es aquí en donde se debe permitir al fiscal solicitar medidas cautelares sobre los bienes de los que se pretende la extinción de dominio. Las medidas propuestas en el artículo 28 del Segundo Proyecto de Ley y en el artículo 34 del Texto aprobado por la Asamblea son desproporcionales para el acusado de la actividad ilícita, por lo que tanto la retención como la incautación no deben constar como medidas cautelares bajo ningún motivo, quedando así tan solo la prohibición de enajenar, medida que cumple totalmente con la finalidad de impedir que esos bienes sean objeto de tráfico jurídico; y el congelamiento de cuentas, en caso de que el bien sea dinerario.

De esta manera, por economía procesal, consideramos adecuado incorporar la investigación patrimonial sugerida en el proyecto de ley, dentro de la investigación previa común y corriente que existe para todos los procesos penales sobre delitos que causen perjuicio económico al Estado. Sin embargo, debe permitirse a Fiscalía solicitar las medidas cautelares que protejan al bien objeto de la presunta actividad ilícita investigada, justificándose así la propuesta de esta nueva ley o reforma al COIP.

Una vez concluida la fase de investigación previa e instrucción fiscal, la autoridad fiscal emitirá un dictamen abstentivo, en caso de no encontrar elementos suficientes de convicción para la actividad ilícita perseguida; o un dictamen acusatorio, en el cuál conste

³⁵ COIP, Artículo 444.

³⁶ Segundo Proyecto de Ley, Artículo 22.

³⁷ Ibid., Artículo 19.

Texto aprobado por la Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Fabricio Villamar Jácome, Artículo 23.

³⁸ Ibid., Artículo 26.

³⁹ COIP, Artículo 580.

⁴⁰ COIP, Artículo 444.11.

tanto la formulación de cargos por la actividad ilícita perseguida junto a la petición de extinción de dominio como sanción por esta actividad. La petición de extinción de dominio, anexada o contenida en el dictamen acusatorio, cumpliría perfectamente los fines perseguidos por la resolución de pretensión de extinción de dominio⁴¹. En virtud, nuevamente, del principio de economía procesal, tanto la investigación patrimonial propuesta como la pretensión de extinción de dominio cabría realizarlas dentro de la investigación previa común y corriente, tal vez con una prórroga de tiempo por el arduo trabajo que conlleva para el fiscal recabar elementos de convicción por la actividad ilícita, como para recabar elementos que prueben las causales de extinción de dominio.

Una vez que se ha emitido el dictamen acusatorio, conforme las reglas del proceso penal ordinario, se convoca para la audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio, en la cual se analizarán vicios de procedimiento, procedibilidad y prejudicialidad, terminando la misma mediante un auto de sobreseimiento o de llamamiento a juicio⁴².

Finalmente, en la audiencia de juzgamiento, se emitirá sentencia de no culpabilidad o sentencia condenatoria. La primera se daría en caso de que los elementos de convicción no prueben fehacientemente la actividad ilícita perseguida, dando como resultado la revocatoria de todas las medidas cautelares que pesen sobre los bienes objeto de la extinción de dominio. Sin embargo, para cumplir con la finalidad de la institución de la extinción de dominio, en caso de que fiscalía presente apelación, dichas medidas que pesen sobre los bienes que se busca extinguir el dominio no podrán ser levantadas hasta que exista cosa juzgada. Por otro lado, si en la audiencia de juzgamiento, se emite sentencia condenatoria, el juzgador debe cumplir con las reglas del debido proceso. Entre ellas está la de motivar la sentencia en cuanto a la actividad ilícita por la que se condena y decidir si se han cumplido o no alguna de las causales para condenar al culpable con la extinción de dominio sobre los bienes provenientes de su actividad ilícita, además de aplicarle la pena correspondiente prescrita en el COIP y otras responsabilidades e indemnizaciones civiles que devengan de la conducta.

De esta manera se crearía un orden jerárquico y una dependencia por un lado entre la pena de extinción de dominio y la condena penal por actividad ilícita. En cuanto al no existir sentencia condenatoria por la actividad ilícita, se imposibilitaría impartir la pena de extinción de dominio. Siendo así, un requisito fundamental, la prejudicialidad del delito perseguido para la aplicación de la pena antes mencionada. De esta manera se cumpliría con los preceptos, principios y normativa de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano de forma orgánica, integral y armónica, cumpliendo con la finalidad de la extinción de dominio, y respetando los derechos vulnerados por el presente proyecto de ley.

Conclusión

En resumen, la figura de la extinción de dominio debe incorporarse en la legislación nacional para luchar contra la corrupción y el crimen organizado. Varias naciones

⁴¹ Texto aprobado por la Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Artículo 30.

⁴² COIP, Artículo 589.

alrededor del mundo ya la han incorporado gracias a la iniciativa de la Organización de Naciones Unidas. Como nación que busca proteger los derechos de sus ciudadanos, el Ecuador no puede quedarse atrás y debe incorporarla.

El proyecto de ley presentado por el Asambleísta Fabricio Villamar y aprobado por el Pleno, en caso de no recibir el veto presidencial y sancionarse, vulneraría directamente los derechos al debido proceso, a la seguridad jurídica, a la presunción de inocencia, a la defensa, a ser juzgado por un juez competente, a la tutela judicial efectiva, y los principios de economía y celeridad procesal, de juez natural y demás. El primer proyecto confunde la naturaleza de la figura de extinción de dominio entre lo civil y lo penal; y crea jueces especializados innecesarios para llevar a cabo el objetivo de la ley, entorpeciendo el sistema y provocando inseguridad jurídica, que podría fácilmente evitarse. Cabe preguntarse si dicho proyecto de ley, aprobado por la Asamblea, será vetado por el Presidente de la República y si pasará el examen de constitucionalidad correspondiente.

En definitiva, la extinción de dominio debe incorporarse como una sanción dentro del proceso penal existente en la actualidad, precautelando los derechos antes mencionados. Para cumplir con la finalidad de inmediatez y eficacia que busca el proyecto de ley de extinción de dominio, se debe reformar el COIP o proponerse un nuevo proyecto que facilite el proceso de extinción de dominio pero respetando el ordenamiento jurídico de forma armónica e integral.