DOCTRINA PRÁCTICA

Fines civiles y riesgos penales y constitucionales en la extinción de la propiedad usada ilícitamente

Civil purposes and criminal and constitutional risks in the forfeiture of illegally used property

Raffo Velásquez*

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

SUMARIO

1. Introducción.— 2. Decomiso y extinción de dominio de bienes.— 2.1. Similitudes y diferencias.— 2.2. Tipos de bienes afectados.— 2.3. Resumen.— 3. La extinción de dominio como remedio civil.— 3.1. Tutela represiva ante el objeto y los efectos del delito.— 3.2. Tutela preventiva ante los instrumentos del delito.— 3.3. Consecuencias de alejarse de la tutela preventiva.— 3.4. Otro caso de pérdida de derechos reales en la regulación civil.— 4. Proporcionalidad en la extinción de dominio por uso ilícito.— 4.1. Justificación material y formal de la aplicación del principio.— 4.2. Encuadre del principio de proporcionalidad en la extinción de dominio.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias.

RESUMEN

El autor analiza las similitudes entre la extinción de dominio y el decomiso de instrumentos, objetos, efectos y ganancias. Eso permite establecer los tipos de remedios civiles que incorpora la extinción de dominio. Así, en el caso de objetos, efectos o ganancias del delito, la tutela será restitutiva (orientada hacia el pasado), mientras que,

ABSTRACT

The author analyzes the similarities between asset forfeiture and confiscation of instruments, objects, effects, and proceeds of crime. He differentiates between restitutive remedies (focused on the past) and preventive remedies (focused on the future). The author urges reflection on asset forfeiture, suggesting

* Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Maestría en Argumentación Jurídica por la Università degli Studi di Palermo y la Universidad de Alicante. Maestría en Derecho Administrativo y Regulación de Servicios Públicos por la Universidad de Piura. Socio de RVM Abogados.

para los instrumentos del delito, la tutela será preventiva (enfocada hacia el futuro). Finalmente, el autor hace un llamado a la reflexión sobre la figura de la extinción de dominio, sugiriendo que su aplicación en relación con el destino ilícito de los bienes debe considerar el principio de proporcionalidad. Esta figura debe ser un remedio excepcional y de *ultima ratio*, es decir, debe aplicarse solamente cuando sea el único mecanismo de tutela preventiva posible.

Palabras clave: extinción de dominio, remedios civiles, principio de proporcionalidad, decomiso

Fundamento legal: arts. VIII, 102 y 103 del CP; arts. I, II, III, 1, 3, 7, 32 y 34 del D. Leg. N.º 1373; art. 70 de la Const. Pol.

its application must adhere to the principle of proportionality and remain a last-resort preventive measure.

Keywords: *asset forfeiture, civil remedies, principle of proportionality, confiscation.*

Recibido: 9-10-24
Aprobado: 23-10-24
Publicado en línea: 3-12-24

1. Introducción

La Ley de Extinción de Dominio, D. Leg. N.° 1373 (en adelante, Ley), creó un nuevo proceso civil destinado a garantizar la licitud de los derechos reales. Este nuevo proceso se dirige a quitar la *propiedad mal habida o mal usada*, y a trasladarla al Estado cuando se trate de bienes vinculados a delitos. Debido a esa ilicitud en el origen o en el uso, la Ley habla de pérdida del "dominio" y no de la "propiedad", para remarcar que se extingue algo que no merece el calificativo jurídico de propiedad.

Ciertamente, la extinción de dominio se aplica contra la adquisición de la propiedad obtenida con las ganancias de los delitos y también contra el uso de la propiedad para facilitar u ocultar delitos. Ambas modalidades del instituto son respuestas contra el quebrantamiento de prohibiciones penales expresas (art. I de la Ley), pero con la particularidad de que no buscan sancionar a nadie, sino que procuran mantener la licitud de los derechos reales existentes (art. 1 de la Ley).

Es innegable la concurrencia de asuntos de derecho penal en este nuevo proceso civil, lo que genera muchas confusiones e interpretaciones dispares.

Debido a eso, es conveniente señalar antes el camino que seguiremos aquí. Primero recurriremos a la identificación de los *instrumentos*, *objetos* o *ganancias* de delitos pasibles de extinción de dominio. Esta revisión nos permitirá evidenciar los fines que justifican ese tipo de intervención estatal. Una vez allí, podremos identificar los tipos de tutela civil que corresponden a cada modalidad de pérdida de dominio. Y esto, a su vez, nos facilitará la identificación de las limitaciones propias de cada tipo

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

de tutela civil. Con esos tópicos bien delimitados se harán más evidentes las tergiversaciones que vienen ocurriendo en la extinción de dominio, en especial, en los casos de uso ilícito de los bienes.

2. Decomiso y extinción de dominio de bienes

2.1. Similitudes y diferencias

No cabe duda de que el decomiso es la figura que más similitudes o coincidencias tiene con la extinción de dominio. Por eso, puede darnos algunas explicaciones sobre las razones que justifican que el Estado actúe en el mercado mediante el retiro (decomiso) de bienes vinculados con la comisión de delitos (instrumentos, objetos y efectos), tal como lo hace también la extinción de dominio.

De hecho, durante muchos años, el régimen de decomiso fue el único mecanismo que permitía evitar el ingreso al mercado o extraer del mercado los bienes que provinieran de actividades ilícitas o que estuvieran destinados a ellas, propósitos que hoy también consagra el art. 1 de la Ley.

En efecto, actualmente, el art. 102 del CP y el art. III, numeral 3.10, de la Ley habilitan el decomiso y la extinción de dominio, respectivamente, de los *instrumentos*, *objetos* y *efectos* o ganancias de los delitos, por lo que conviene determinar cuáles son y cuál es el fundamento que justifica su intervención. Aunque para evitar confusiones conviene precisar también cómo se articulan estos mecanismos.

De acuerdo con el art. 102 del CP, el decomiso solo opera en forma subsidiaria cuando los bienes no reúnan las características necesarias para calificar como objeto de los derechos reales y no proceda aplicar la extinción de dominio. Es decir, cuando no sean bienes comerciables, lo que corresponde es el decomiso para destruir el bien y/o para alguna otra medida adecuada (por ejemplo, rehabilitación y liberación de animales silvestres; conservación y exposición de bienes arqueológicos; entre otros). En contrapartida, la extinción de dominio solo procederá cuando los bienes en cuestión sean pasibles de derechos reales y de comercio lícito (arts. 1 y 32 de la Ley).

Aunque el art. 102 del CP indica que la relación entre decomiso y extinción de dominio es de subsidiariedad, lo anterior evidencia que su vínculo es de complementariedad[1]. No es que, ante el defecto o imposibilidad de la extinción de dominio, se deba aplicar el decomiso. Lo que sucede en realidad es que cada instituto recae sobre objetos distintos. El primero se refiere a los bienes lícitos y/o comerciables, sujetos

1 Al cuestionar la naturaleza jurídica del decomiso atribuida por el Código Penal alemán, Gebaur (2019) señala que "solo el efecto real que tiene una medida puede determinar su esencia [...] la intención expresa del legislador solo puede tener un efecto indicativo. Al fin y al cabo, un coche rojo no se pone verde solo porque así se indique en un anuncio de venta" (pp. 50-51).

a derechos reales; en cambio, el segundo se dirige contra los bienes peligrosos y no comerciables que, por eso mismo, no están sujetos a derechos reales.

IMPORTANTE

Aunque el art. 102 del CP indica que la relación entre decomiso y extinción de dominio es de subsidiariedad, lo anterior evidencia que su vínculo es de complementariedad. No es que, ante el defecto o imposibilidad de la extinción de dominio, se deba aplicar el decomiso. Lo que sucede en realidad es que cada instituto recae sobre objetos distintos. El primero se refiere a los bienes lícitos y/o comerciables, sujetos a derechos reales; en cambio, el segundo se dirige contra los bienes peligrosos y no comerciables que, por eso mismo, no están sujetos a derechos reales. Por tanto, decomiso y extinción de dominio tienen fines jurídicos similares (retirar del comercio bienes vinculados a delitos), pero recaen sobre cosas que tienen distinta naturaleza (bienes pasibles de derechos reales y bienes sobre los que no cabe derechos).

Por tanto, decomiso y extinción de dominio tienen fines jurídicos similares (retirar del comercio bienes vinculados a delitos), pero recaen sobre cosas que tienen distinta naturaleza (bienes pasibles de derechos reales y bienes sobre los que no cabe ostentar derechos reales).

En cuanto al alcance temporal de la extinción de dominio respecto al decomiso, es conveniente aclarar que la Ley hace referencia a los bienes vinculados a la "comisión de actividades ilícitas" (art. III, nums. 3.8 y 3.9, y art. 7, num. 7.1, literal "a"). Y de acuerdo con el art. 9 del CP, la comisión del delito ocurre cuando "el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca", es decir, cuando ya realizaron actos objetivos dirigidos a cometer el delito.

Eso evidencia que el decomiso y la extinción de dominio abarcan los bienes usados desde la fase de tentativa, que es cuando "comienza la ejecución del delito" (art. 16 del CP) hasta la conclusión del delito. En esa línea, Lohse (2020) indica que el decomiso de *instrumentos* "solo se extiende a la consumación del delito. Por lo tanto, un medio de transporte utilizado para escapar o retirar el botín después de la consumación jurídica y la consumación real del delito ya no se 'utiliza para cometer' el delito [ya no es instrumento del delito]" (p. 408).

2.2. Tipos de bienes afectados

2.2.1. Instrumentos

Los *instrumentos* son aquellos objetos que tienen una relación de medio a fin con el delito, son utilizados tanto para su inicio como para su consumación, como las armas usadas en lesiones o asesinatos, los útiles empleados en robos o los equipos destinados a la falsificación.

En estos casos, el fundamento del decomiso o de la extinción de dominio radica en la "peligrosidad del bien". Su finalidad es preventiva, pues busca pro-

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

teger a la colectividad frente al peligro de que ciertos bienes faciliten la comisión de delitos, ya sea por su naturaleza o por su uso.

Eso ocurre cuando se trata de cosas objetivamente peligrosas (como una guillotina, silla eléctrica, veneno, armas, explosivos, entre otros) que suelen estar fuera del comercio legítimo o bajo un comercio altamente regulado. Y también se aplica de bienes pasibles de comercio lícito, pero que son peligrosos porque han sido dispuestos o diseñados para ser *instrumentos* de delitos (como casas diseñadas para ocultar secuestros y/o facilitar escapes, vehículos modificados para facilitar robos, o programas de computadora que facilitan el robo de datos o estafas)[2].

En efecto, la Ley exige que la extinción de dominio se aplique sobre bienes destinados a fines incompatibles con el ordenamiento jurídico (art. II, num. 2.4), o bienes destinados a actividades ilícitas (art. 1).

Por tanto, no basta con que un bien se utilice para un delito para que sea calificado como *instrumento* pasible de extinción de dominio, sino que debe estar dispuesto para ser usado nuevamente de manera ilícita. Tal como precisa García Cavero (2024), "los instrumentos se caracterizarían por su destino ilícito y no simplemente por su uso ilícito", sino que "habría que entender que están dispuestos para ser usados de manera ilícita" (p. 189)[3].

La peligrosidad que sustenta esta modalidad de extinción de dominio supone no solo que el bien haya sido usado como *instrumento* de un delito, sino que también debe existir la posibilidad de que pueda ser usado nuevamente para tal fin. Con referencia al decomiso de bienes usados como *instrumentos* de delitos, la Corte Suprema ha señalado:

> Tratándose de instrumentos del delito el fundamento del decomiso es la peligrosidad objetiva del bien —su uso para la comisión de nuevos delitos similares—, y la finalidad de la medida es la eliminación de tal peligrosidad. [...] Solo basta que el bien se utilice para la comisión delictiva —como en efecto se hizo— y que el titular, aun cuando no sea responsable criminal y

2 En esa línea, Jescheck y Weigend (2002) señalan: "El *comiso de aseguramiento* carece de carácter punitivo y está destinado solo a cumplir la misión preventiva de proteger a la población frente a posibles riesgos y, en especial, frente a la comisión de hechos punibles. Su alcance se extiende a los objetos que, de acuerdo con su naturaleza y bajo circunstancias concretas, ponen en peligro a la colectividad [...] o respecto de los cuales exista el riesgo cierto de que sean utilizados para la comisión de delitos" (pp. 860 y 861).

3 El autor nacional no solo coincide con lo exigido por la Ley, sino también con los criterios del derecho comparado. Así, el profesor alemán Lohse (2020) indica lo siguiente sobre los *instrumentos* del delito: "El bien debe desempeñar un papel decisivo en el ilícito en cuestión. No basta con el uso meramente ocasional de un objeto en relación con el ilícito. Esto aplica, por ejemplo, al uso meramente ocasional de un vehículo para un delito. El fomento del ilícito [que justifica el decomiso] también puede consistir en el hecho de que el uso del bien facilita la decisión del infractor de cometer el delito porque reduce el riesgo de su descubrimiento posterior" (p. 408).

> lo adquirió lícitamente, no sea capaz de garantizar el cumplimiento de su deber de vigilancia de la cosa, a fin de evitar su utilización en el futuro para la comisión de nuevos hechos delictivos —no fue una persona diligente—. (Sala Penal Permanente, R. N. N.º 895-2018 Lima Sur, de 23 de enero del 2019, f. j. n.º 13)

2.2.2. Objetos

El *objeto* del delito se refiere a la cosa sobre la cual recae el delito, por lo que cabe distinguir varias hipótesis posibles según el tipo de bien en cuestión. Eso hace que el fundamento de la extinción de dominio cambie según dicha variable.

De un lado, están los bienes intrínsecamente peligrosos (bienes que no reúnen las características para ser objetos de los derechos reales ni de comercio lícito, como las drogas, los explosivos no autorizados o las medicinas adulteradas). También deben incluirse los bienes potencialmente peligrosos que, bajo la apariencia de legalidad, son indebidamente llevados al comercio, como el dinero falsificado o los alimentos adulterados. Incluso podría incluirse aquí a los bienes de contrabando.

En todos estos casos, solo cabe hablar de decomiso para la destrucción de los bienes, de modo que su finalidad es la prevención general en favor de la colectividad. En ese sentido, Choclán Montalvo (2001) señala:

> En ocasiones la cosa o el bien son objetivamente peligrosos, y el comiso tiene por finalidad defender a la colectividad respecto de esos bienes [...] También comprende este comiso de seguridad los objetos producidos por el delito (*productus sceleris*), como el dinero falsificado, o el alimento adulterado, que deben ser retirados del comercio o tráfico. Al margen de ello la peligrosidad del bien puede consistir en su posible utilización para la comisión futura de hechos punibles. En este caso la cosa se hace peligrosa cuando es tenida por el sujeto, pero no necesita ser intrínsicamente peligrosa. (p. 41)

De otro lado, están los bienes que no son intrínsecamente peligrosos, pero no son comerciables lícitamente, como las especies protegidas o las reliquias prehispánicas. Como tampoco cabe derechos sobre ellos, solo corresponde aplicar el decomiso para devolver a los animales a su hábitat o para entregar los bienes culturales a un museo. Las medidas que sacan del comercio a esos *objetos* del delito tienen como única finalidad restablecer la legalidad.

Finalmente, están los *objetos* del delito que no son intrínsecamente peligrosos y sí son susceptibles de comercio lícito. Por ejemplo: las rocas de la minería ilegal o las mercancías del contrabando no son peligrosas, pero se obtienen mediante acciones ilícitas. Aquí también pueden estar los fondos destinados al financiamiento del terrorismo, que constituyen el *objeto* de ese delito, aunque, a diferencia de los otros ilícitos mencionados, pueden tener un origen lícito o ilícito.

Para estos últimos casos el mecanismo no es el decomiso, sino la extinción de dominio. Su finalidad es evitar que

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

quien cometió el ilícito conserve sus beneficios, obtenga un enriquecimiento injusto. Por ello, se ordena quitarle la propiedad mal habida, a fin de restablecer la legalidad.

2.2.3. Efectos y ganancias

El Código Penal y la Ley hacen referencia a los *efectos* o *ganancias* del delito, que, como señalan Gálvez Villegas y Delgado Tovar (2013), tienen una relación de género a especie, pues los primeros se refieren a todo aquello producido por la acción delictiva, que pueden ser las ganancias o la creación de productos adulterados, armas químicas o billetes falsificados (p. 89). En todo caso, aquí solo nos referiremos a las ganancias por ser estas a las que se refiere a Ley.

Gracia Martín (2004), al igual que la doctrina mayoritaria, resalta que en estos casos no se trata de bienes que contengan intrínsecamente peligrosidad alguna (p. 304). De modo que el fundamento de un eventual decomiso o extinción de dominio es el rechazo de la situación ilícita e impedir el lucro ilícito mediante el restablecimiento de un estado patrimonial civil[4].

En un sentido general, podría decirse que se trata de una medida destinada a neutralizar un enriquecimiento ilícito, que es distinto a la figura civil del enriquecimiento sin causa, (cfr. Velásquez, 2021, pp. 578-583). En todo caso, podríamos cerrar este apartado y señalar que estimamos legítima esta finalidad de la extinción de dominio, pues se corresponde con la justicia distributiva[5], ya que vela por mantener una distribución justa entre los ingresos lícitos y la riqueza que interactúa en el mercado.

El art. 1 de la Ley dispone que su finalidad es "garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales" y lo hace evitando el comercio de bienes de procedencia ilícita pero susceptibles de derechos, o sacando del comercio los bienes de origen lícito pero destinados a fines ilícitos. A su vez, el art. 3 de la Ley señala que el proceso de extinción de dominio tiene "carácter real y de contenido patrimonial". Por último, los arts. 32 y 34 de la Ley prevén que la sentencia que ampara la demanda declara "la extinción de

4 Ciertamente, existe un sector de la doctrina que agregan otros fines, además de los antes reseñados. Así, en sede nacional, García Cavero (2019) menciona que al enfoque antes descrito debe añadirse que el decomiso busca, en el fondo, un fin preventivo especial, pues se pretende desincentivar la actuación del delincuente bajo la idea de que el delito vale la pena (p. 1072). Mientras que, en España, Aguado Correa (2000) sostiene que además de lo anterior se procura un fin preventivo general, pues se busca evitar el peligro de que tales ganancias se usen para cometer otros delitos que destruyan el sistema económico y político del país, ya sea ingresando esos fondos al sistema financiero, corrompiendo funcionarios, etc. (p. 31).

5 De acuerdo con Fleischaker (2004), la justicia distributiva, expresión acuñada por Aristóteles, se considera necesaria para justificar el derecho de propiedad e incluso puede implicar el rechazo de la propiedad. Esto se debe a que la justicia distributiva supone dar a cada uno lo que le corresponde (pp. 4-7).

todos los derechos reales, principales o accesorios", de modo que los bienes pasan a la titularidad del Estado.

Es claro entonces que para la Ley solo cabe hablar de extinción de dominio respecto de bienes sobre los cuales es posible ostentar derechos reales. No es posible aplicar esa figura cuando se trate de *instrumentos* u *objetos* sobre los cuales no cabe ejercer derechos de propiedad, porque su comercio ha sido proscrito (como las especies en peligro de extinción, los secretos militares o comerciales, bienes de contrabando o billetes falsos), o por ser intrínsecamente peligrosos (material radiactivo, armas de guerra, drogas, productos adulterados).

2.3. Resumen

Los elementos anteriores permiten dar un mejor encuadre a los fundamentos y alcances de la extinción de dominio.

El art. 1 de la Ley dispone que su finalidad es "garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales" y lo hace evitando el comercio de bienes de procedencia ilícita pero susceptibles de derechos, o sacando del comercio los bienes de origen lícito pero destinados a fines ilícitos. A su vez, el art. 3 de la Ley señala que el proceso de extinción de dominio tiene "carácter real y de contenido patrimonial". Por último, los arts. 32 y 34 de la Ley prevén que la sentencia que ampara la demanda declara "la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios", de modo que los bienes pasan a la titularidad del Estado.

Esto indica que, para la Ley, solo cabe hablar de extinción de dominio cuando se trata de bienes sobre los cuales es posible ostentar derechos reales. No es posible aplicar esa figura cuando se trate de *instrumentos* u *objetos* sobre los cuales no cabe ejercer derechos de propiedad porque su comercio ha sido proscrito (como las especies en peligro de extinción, los secretos militares o comerciales, bienes de contrabando o billetes falsos) o por ser intrínsecamente peligrosos (material radiactivo, armas de guerra, drogas, productos adulterados).

Esto fuerza a excluir de la aplicación de la Ley a los bienes que no reúnan las características adecuadas para ser objeto de los derechos reales, es decir, aquellos bienes que no son susceptibles de apropiación y/o lícitamente comerciables.

Vimos que, según el tipo de bienes involucrados, puede identificarse distintas finalidades en la aplicación de la extinción de dominio. En unos casos, su fin será *restitutivo*[6], es decir, destinado a restablecer la legalidad quebrantada, lo que se logrará eliminando las ganancias provenientes de acciones u omisiones ilícitas; en otros casos, su objetivo será *preventivo,* lo que se daría cuando se

6 Restituir, según Di Majo (2001), implica restablecer las condiciones fácticas y jurídicas que definían la situación del sujeto antes de que ocurriera un determinado cambio (p. 301).

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

persiga inhibir el peligro de que una cosa (susceptible de apropiación y comercio) sea usada para la comisión de nuevos delitos.

Debe advertirse que la finalidad preventiva que mencionamos es distinta de la prevención del derecho penal. Aquí nos referimos —como veremos— a una prevención más compatible con una medida de naturaleza administrativa o civil, que busca impedir o cesar la realización de una conducta o situación. Y ese tipo de prevención es predicable tanto del decomiso como de la extinción de domino. En ese orden, Gracia Martín y Vizueta Fernández (2023) señalan:

> Si dejamos de lado ahora al decomiso de la ganancia [...] es cierto que todas las demás consecuencias accesorias [de la pena, como el decomiso] tienen una finalidad preventiva [...] [Pero] tiene que calificarse de errónea cualquier identificación que se haga de la finalidad preventiva de las consecuencias accesorias [de la pena] con la finalidad preventiva penal e incluso sancionadora en general, pues mientras que la primera es una prevención de aseguramiento frente a cosas o estados de cosas, la segunda es una prevención disuasora de voluntades [...] se trata de instrumentos de actuación sobre el autor. La prevención [...] a que se orientan las consecuencias accesorias [de la pena], en cambio, se realiza mediante una intervención directa sobre situaciones y objetos para neutralizar su potencial criminógeno o dificultar su utilización en sentido delictivo. (p. 795)

Con esta precisión presente, podemos resumir lo dicho de la siguiente manera:

Tipo	Condición	Mecanismo	Finalidad
(1) Instrumentos	(1.1) Peligrosidad intrínseca (bien no comerciable)	Decomiso	Preventiva
	(1.2) Peligro de reiterar ilícito por destino del bien (comerciable)	Extinción	Preventiva
(2) Objetos	(2.1) Peligrosidad intrínseca y potencial del bien (no comerciable)	Decomiso	Preventiva
	(2.2) No peligrosidad del bien, pero no es comerciable	Decomiso	Restitutiva
	(2.3) No peligrosidad del bien y comerciable	Extinción	Restitutiva
(3) Efectos	(3) No peligrosidad del bien y comerciable	Extinción	Restitutiva

Las casillas resaltadas (supuestos 1.2, 2.3 y 3) evidencian los escenarios en donde opera la extinción de dominio y también advierten que solo cuando se trata de *instrumentos* de delito, esto es, de bienes diseñados o destinados a la actividad ilícita, la pérdida de dominio actúa como un mecanismo de tutela preventiva o inhibitoria.

3. La extinción de dominio como remedio civil

El derecho penal se enfoca en las sanciones para castigar al infractor y, a la vez, en desincentivar su reincidencia (prevención especial) o desincentivar a otros a cometer los mismos ilícitos (prevención general). Es decir, al castigar al infractor, el derecho penal logra indirectamente restablecer la legalidad alterada. Sin embargo, el legislador ahora recurre a la colaboración del derecho civil para que, más que sancionar al infractor, la acción judicial se dirija directamente a restablecer o asegurar la legalidad, esto es, a mantener o reponer las situaciones de hecho y de derecho que las prohibiciones penales buscaban proteger indirectamente.

En otras palabras, el propósito del derecho penal es establecer prohibiciones y sanciones a los infractores para proteger bienes jurídicos valiosos, por lo que el derecho civil —a través del mecanismo de la extinción de dominio— ha sido convocado para colaborar en la protección de tales valores, ya sea eliminando los frutos generados al quebrantar tales prohibiciones o tomando medidas que prevengan la continuidad o reiteración de tales infracciones.

Si volvemos a la comparación entre decomiso y extinción de dominio, detectamos que existen dos modalidades posibles. Gracia Martín y Vizueta Fernández (2023) señalan:

> Así, algunas de estas consecuencias [de la pena], como, por ejemplo, el llamado decomiso de las ganancias encuentra sus fundamentos en determinados aspectos del principio de no tolerancia del enriquecimiento injusto o de una situación patrimonial ilícita. Otras, en cambio, como ocurre, por ejemplo, con el decomiso de los instrumentos del delito, encuentran su fundamento en la necesidad de aseguramiento de la continuidad frente al peligro objetivo de la comisión de delitos que emana de determinadas cosas, objetos y situaciones. (p. 796)

IMPORTANTE

[P]ara la Ley solo cabe hablar de extinción de dominio respecto de bienes sobre los cuales es posible ostentar derechos reales. No es posible aplicar esa figura cuando se trate de *instrumentos* u *objetos* sobre los cuales no cabe ejercer derechos de propiedad, porque su comercio ha sido proscrito (como las especies en peligro de extinción, los secretos militares o comerciales, bienes de contrabando o billetes falsos), o por ser intrínsecamente peligrosos (material radiactivo, armas de guerra, drogas, productos adulterados).

En ese sentido, algunas veces la extinción de dominio tendrá como propósito quitar las ganancias provenientes de actividad ilícita pasada y otras veces prevenir el uso de bienes para continuar o reiterar la actividad ilícita. En términos más generales, podemos decir que en el ámbito civil la tutela de los derechos reales puede requerir medidas contra situaciones ilícitas *pasadas* o *futuras*, para lo cual existen las respectivas tutelas *represivas* o *preventivas*, que, precisamente, son

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

incorporadas en el régimen de la extinción de dominio. Así, en ocasiones este instituto se orienta a *mirar al futuro* para prevenir la continuación o repetición de un acto ilícito (dirigiéndose contra los *instrumentos* del delito), y en otras *mira al pasado*, para decretar la remoción del ilícito ya acaecido o de las consecuencias que este dejó (atacando los *objetos* y los *efectos* del delito) (Marinoni, 2008, p. 30; Proto Pisani, 2014, p. 298; Cavani, 2014, p. 173).

Veremos que no se trata solo de una *cuestión* temporal, sino que cada tipo de tutela civil tiene condicionantes y elementos propios que es conveniente tener en cuenta.

3.1. Tutela *represiva* ante el *objeto* y los *efectos* del delito

Cuando se trata del *objeto* o de los *efectos* del delito (supuestos 2.3 y 3 del recuadro), el ilícito cometido genera ingresos o plusvalías en favor de sus beneficiados, lo que aumenta su patrimonio. En este contexto, la extinción de dominio se dirige a eliminar esa situación generada como consecuencia de un ilícito.

En otras palabras, la pérdida de dominio sobre aquellos bienes es un tipo de *tutela restitutiva*, ya que se dirige a remover el ilícito acaecido y se encarga de quitar esos excedentes patrimoniales (derechos reales) obtenidos por actos ilícitos.

Esta es la fórmula típica de tutela que *mira al pasado* para aplicar la ley. Se acude al juez para que tome medidas destinadas a remover los ilícitos ya ocurridos o, si se prefiere, para restituir la legalidad. Por ejemplo, la sentencia que ordena al precario restablecer el derecho de propiedad mediante la devolución del predio, o que disponga la anulación de un contrato de compraventa y la consecuente entrega del bien. En esos casos, se restablece el derecho mediante la remoción de la situación ilícita.

Ahora bien, en la extinción de dominio del *objeto* y de los *efectos* del delito se requiere la consumación previa del acto ilícito y la perduración de sus consecuencias patrimoniales en el tiempo para que sean removidas mediante este tipo de *tutela restitutiva*.

Pero cuidado, porque algunas veces se confunde a esta *tutela restitutiva* con la *tutela indemnizatoria*, por lo que son convenientes algunas aclaraciones. Marinoni (2014) precisa que "el daño no es una consecuencia necesaria del acto ilícito, el daño es requisito indispensable para que surja la obligación de resarcir, pero no para que se constituya el ilícito". Eso le lleva a concluir que "si el daño no es elemento constitutivo del ilícito y este puede existir con independencia del primero, no hay razón para no admitir una tutela que tenga en consideración solo el ilícito, dejando de lado el daño" (p. 29)[7].

7 Calvão da Silva (como se citó en Marinoni, 2008, p. 216) señala: "Ilícito y daño son dos fenómenos conceptual y temporalmente distintos. El ilícito es conceptualmente más amplio que el daño: puede contener a este,

Precisamente, la extinción de dominio no requiere acreditar ningún daño, sino que solo se enfoca en quitar el bien ilícito del comercio, trasladándolo al Estado.

En ese orden, Di Majo (2001) resalta que mientras "el remedio indemnizatorio trata de reaccionar al máximo contra el daño causado en la esfera patrimonial del sujeto, garantizándole una forma de compensación pecuniaria que, más que eliminar materialmente el daño, lo neutralice en sentido económico [...] con el remedio restitutorio no se toma en cuenta el daño (tampoco importa que un daño patrimonial se haya producido), sino únicamente la alteración de una situación de hecho y/o de derecho, alteración que es necesario eliminar, restableciendo la situación originaria y reintegrando con ello la vigencia de las normas" (p. 302).

Según el autor mencionado, la *tutela restitutoria* puede clasificarse como real o personal, dependiendo del hecho que se esté abordando. Esta tutela se activa ante una alteración ilegítima (*contra ius*) o cuando no hay una justificación válida (*sine causa*). En el primer caso se trata de una reintegración del derecho vulnerado, mientras que el segundo se refiere al enriquecimiento sin causa (Di Majo, 2001, pp. 302-304).

En la extinción de dominio, la *tutela restitutoria* se aplica ante una alteración ilegítima (*contra ius*) y no en situaciones sin justificación válida. Sin embargo, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho, anterior a la alteración, no se llevará a cabo como se concibe tradicionalmente —es decir, a través de la restitución de las prestaciones por parte de las partes—, sino que el Estado eliminará de la esfera de los particulares una de las prestaciones adquiridas con patrimonio de origen ilícito, por lo que estaríamos ante una "tutela restitutoria *sui generis*".

Por ejemplo, si un sujeto X, dedicado al tráfico ilícito de drogas, compra una casa con esas ganancias ilícitas a otro sujeto Y, este contrato es nulo de acuerdo con el art. 2.1 de la Ley. La *tutela restitutoria* típica exigiría que Y devuelva a X el dinero y que este le restituyera a Y la casa. Sin embargo, en un proceso de extinción de dominio (si Y no es cómplice o coautor del ilícito), Y no devolverá nada a X, sino que X perderá la casa adquirida con el dinero mal habido, ya que el bien se transferirá al Estado.

Aunque no existe restitución de las prestaciones como se concibe tradicionalmente en el derecho privado, en la extinción de dominio —que mira al pasado— nos encontramos ante una *tu-*

pero no tiene que contenerlo necesariamente. El ilícito no supone necesariamente un daño, que es una consecuencia eventual pero no necesaria de él. Puede haber ilícito sin daño, pero sin este no puede surgir la obligación de indemnizar. De ahí que la acción de cumplimiento [de la legalidad] pueda tener lugar en ausencia de daño, por ser justamente una forma de suprimir el ilícito, mientras que la acción de indemnización, por ser una forma de superar los daños resultantes del ilícito, solo puede tener lugar en caso de daños".

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

tela restitutoria que se activa frente a una alteración ilegítima de una situación de hecho y de derecho.

Por tanto, podemos decir que, cuando se trata del *objeto* o de los *efectos* del delito, la extinción de dominio opera como un mecanismo de *remoción del ilícito*, como una tutela *restitutiva sui generis* que mira al pasado para eliminar los efectos del delito. Esta tutela no exige la concurrencia del daño ni la condena penal de los beneficiados con el *objeto* o los *efectos* del ilícito.

IMPORTANTE

[S]i no es posible determinar culpa en una futura infracción y, por ende, no es posible sancionar por un ilícito no acaecido, ¿por qué se puede decretar la pérdida de la propiedad del *instrumento* del posible delito futuro? Porque en el caso concurrirían elementos para creer que aquel arrebato de la propiedad es el mecanismo que efectivamente permitirá *prevenir* la reiteración o permanencia de un ilícito. Si ese fin preventivo es el eje del remedio civil aplicado, entonces será legítimo que el Estado habilite la aplicación de otras medidas menos agresivas contra la propiedad, pero que tienen la virtualidad de alcanzar la *prevención* buscada.

3.2. Tutela *preventiva* ante los *instrumentos* del delito

La extinción de dominio opera también contra bienes comerciables, pero que son peligrosos debido a que fueron dispuestos, diseñados o destinados a ser *instrumentos* de delitos (supuesto 1.2 del recuadro). No basta con que un bien sea usado para un delito para caer dentro de estos supuestos, sino que se requiere que haya sido concebido, modificado o adaptado para facilitar u ocultar un delito (art. II, num. 2.4, y art. 1 de la Ley), o que se trate de bienes efectivamente destinados a actividades ilícitas. Y eso, precisamente, genera el peligro de que sea usado en el futuro para esos fines ilícitos, lo que exige la activación de algún mecanismo preventivo que evite su reiteración.

En sede civil ya existe tutela inhibitoria para prevenir los riesgos de pérdida de bienes de los hijos, pérdida de bienes del deudor, pérdida de bienes entregados en comodato o depósitos, incluso para prevenir agravios a las propiedades vecinas o a la misma salud de los vecinos (arts. 446, 875, 956, 963, 1736 y 1861 del CC)[8]. El legislador también recurre a la técnica de la tutela preventiva para evitar que se concreten amenazas ciertas e inminentes contra los derechos fundamentales (arts. 1, 8 y 9 del CPConst.).

En el supuesto bajo comentario, la extinción de dominio actúa como

8 En el ámbito civil se objeta que la tutela *inhibitoria* no actúa para prevenir un ilícito temido, dado que, en estricto, no existe aún, sino que solo actúa ante el mero peligro de ilícito futuro. Sin embargo, Bianca (1984) precisa que tal objeción carece de sustento porque antes del ilícito ya existe el deber de cumplir la ley, de no realizar actos ilícitos, de modo que sí cabe una tutela destinada a prevenir y asegurarse de que se mantenga esa situación (p. 758).

un mecanismo de *tutela preventiva* que *mira al futuro*, pues se dirige a evitar que se repitan delitos a través del uso de los bienes prediseñados para tal fin, o impedir que continúen o se consumen los ilícitos que venían desarrollándose.

Al respecto, Frignani (1971) advierte que cuando se trata de tutela preventiva, lógicamente, debe tratarse de actos ilícitos susceptibles de repetirse en el futuro o de prolongarse en el tiempo, lo que excluye automáticamente aquellos ilícitos que tienen la virtualidad de un solo acto (p. 560)[9].

Precisamente por eso Marinoni (2014) resalta que aquí el ilícito pasado sí interesa, pero solo para efectos de evaluar la posibilidad de que se vuelva a cometer, continuar o repetir (pp. 31 y 64). Y es que esta tutela no busca impedir o remover ese primer ilícito, sino prevenir los futuros ilícitos. Ciertamente, agrega, "la tutela inhibitoria [preventiva] depende de la prueba de hechos pasados que apuntan a la probabilidad de que se produzca el hecho temido. De esta forma, se trata de probar hechos indiciarios que permitan al juez ver la probabilidad de que se realice el acto que se desea inhibir" (p. 92).

Esto trae enormes consecuencias sobre el tipo de juicio que debe aplicarse en estos casos. Las tutelas que *miran al pasado* se mueven en un terreno de mayor certeza, dado que investigan hechos que ya ocurrieron y, en función de ello, dan o niegan la protección requerida. En cambio, las tutelas que *miran al futuro* se dirigen a desentrañar qué hechos pueden ocurrir en el corto plazo, lo que lleva a las partes y al juez a trabajar con juicios hipotéticos. La decisión se sustentará en las probabilidades de que ocurra un evento futuro, lo que eleva la posibilidad de error en el juzgamiento y, por ende, exige mayor prudencia en su uso para evitar agravios injustificados.

Por tanto, cabe preguntarse: ¿qué probabilidad de ocurrencia de un ilí-

9 En forma más precisa, Basilico (2008) identifica las formas en que se articulan los pedidos de tutela preventiva (que mira al futuro) con la tutela indemnizatoria (que mira al pasado): "En consecuencia, las posibilidades de solicitar inhibitoria, una vez cometida la conducta ilícita, son las siguientes: a) si ha cesado y se trata de una actividad que no puede repetirse, solo cabe tutela indemnizatoria, siempre que se haya producido daño de alguna forma; b) si ha cesado, pero, por su naturaleza, es una conducta que puede repetirse en el futuro, las formas de protección se multiplican: indemnización por lo pasado (y siempre que haya ocurrido daño); inhibitoria para el futuro, sirviendo por tanto como medida preventiva, precisamente para garantizar que el autor del ilícito no repita esa conducta. Sin embargo, si este último acto hubiera cesado sin haber causado daño [...] no podría haber protección indemnizatoria, sino solo inhibitoria y siempre con función preventiva, para evitar, precisamente, que la repetición de la conducta ilícita [que además] pueda producir daños en el futuro; c) si la conducta ilícita continúa realizándose en el momento en que se formula el pedido de tutela, este podrá tener un doble contenido: indemnizatorio, si hasta ese momento se ha producido daños; inhibitorio, para el presente y para el futuro, es decir, para impedir tanto la continuación de la conducta ilícita como su reiteración en el futuro. Se trata, por tanto, de una inhibitoria con una doble función, actual y preventiva" (pp. 402 y 403).

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

cito futuro se requiere para decretar la extinción de una propiedad lícita, pero que ha sido instrumentalizada para un ilícito? Parece que la Ley no deja este asunto a la entera discrecionalidad del juzgador, sino que brinda elementos para identificar el estándar de probabilidad requerido.

Primero, exige verificar la existencia de un bien, además de lícito, peligroso, adaptado para ser destinado a ciertos ilícitos (art. II, num. 2.4, y art. 1).

Segundo, es necesario que haya una comisión efectiva de actividades ilícitas (art. III, nums. 3.8 y 3.9, y art. 7, num. 7.1, lit. a). Este ilícito previo sirve para aumentar la certeza del riesgo de un ilícito futuro, pues, como bien precisan Gracia Martín y Vizueta Fernández (2023), "el hecho antijurídico previo constituirá normalmente un síntoma del peligro objetivo de realización de futuras infracciones" (p. 798). Más aún, sería inadecuado que bastase la simple sospecha o el mero temor de uso ilícito de un bien para quitar la propiedad sobre ese bien a su titular[10].

Por eso es que el tercer requisito exige una actuación bajo el principio de proporcionalidad del juzgado, lo que supone que se debe aplicar la extinción de dominio cuando sea adecuada frente al riesgo de repetición o continuación del ilícito, lo que pasaría, por ejemplo, si el propietario no toma medidas para asegurar que el bien no vuelva a tener un destino ilícito (séptima disposición complementaria final de la Ley y art. 103 del CP).

Estos tres elementos determinan el juicio de probabilidad que debe realizar el juzgador para aplicar la extinción de dominio como mecanismo de tutela preventiva. Y ciertamente su concurrencia evidencia la necesidad de un mandato preventivo.

Como se puede deducir de lo antes desarrollado, en la tutela preventiva no se evalúa la culpa de quien podría cometer el ilícito. Lo que se analiza es si

10 Sobre la exigencia de que concurra un temor fundado del ilícito como fundamento de la tutela preventiva, Cappelletti (2017) señala lo siguiente: "Cuando el ilícito no sea actual, debe existir al menos un alarde o un reclamo capaz de justificar el temor de un perjuicio futuro. Las disposiciones que regulan los supuestos típicos de tutela inhibitoria no ofrecen una respuesta positiva frente a la posibilidad de admitir tal tutela cuando la conducta contra *ius* aún no se ha producido. Casi todos los casos que implican una acción inhibitoria requieren que el ilícito ya esté en curso, de modo que la acción pueda tener como objetivo su cese o evitar su repetición en el futuro [...] [Aunque] la orientación doctrinal mayoritaria [...] sí ha llegado a admitir la inhibitoria cuando solo se hayan realizado actos preparatorios siempre que sean idóneos e inequívocos sobre la comisión del ilícito. En efecto, cuando el ilícito ya se ha cometido, será ciertamente posible deducir el peligro de repetición o continuación de su naturaleza y de sus modalidades de ejecución; mientras que, si la actividad antijurídica aún no se ha realizado, este requisito previo se integrará solo y excepcionalmente cuando se manifieste seriamente el deseo de realizarla, o si se ponen en marcha actos preparatorios adecuados. Por lo tanto, será necesario comprobar si el miedo al prejuicio está justificado por comportamientos ilícitos que al menos ya han sido detectados" (p. 39 y ss.).

existen razones para temer la repetición o continuación de este. Así, incluso sin culpa, debe existir la posibilidad de que el bien, inicialmente destinado a un ilícito, sea nuevamente usado como *instrumento* de él.

Sobre la inexigibilidad de la culpa en la tutela preventiva, Frignani (1971) señala que "entre los presupuestos de la acción inhibitoria no está el de la culpabilidad de quien ha cometido o va a cometer el ilícito que se quiere prevenir. Más aún, el elemento psicológico o subjetivo (dolo o culpa) no es necesario para la configuración del ilícito, entendido como acto *contra ius*, y, por tanto, no es descomponible dialécticamente entre ilícito de la conducta e ilícito del hecho"[11] (p. 561). Este criterio es compartido por Rapisarda (1987), quien indica que "la culpa, en efecto, carece de relevancia en la regulación de la inhibitoria, porque esta tutela se dirige al futuro, lo que excluye la posibilidad objetiva de valorar anticipadamente los elementos subjetivos de la futura conducta ilícita" (p. 89).

IMPORTANTE

[S]i el juzgador insiste en decretar la extinción de dominio a pesar de que se adoptaron las medidas necesarias para prevenir el ilícito en el futuro, por el solo hecho de que antes el bien fue adaptado para ser instrumento de un delito, entonces ese instituto dejaría de extender *tutela preventiva*. En ese caso, la acción se dirigiría contra el propietario, porque permitió, no impidió, o usó el bien como *instrumento* del delito. Esto implicaría atribuirle una actuación culposa y sancionarlo por ello con la pérdida de su propiedad. Hacer esto implicaría convertir a la extinción de dominio en un régimen sancionador, lo que es inconstitucional.

Pero Rapisarda agrega dos razones más por las cuales la culpa no opera en la tutela preventiva:

> La otra razón de la autonomía entre la tutela inhibitoria y la culpa se encuentra en el carácter no sancionador de este medio de tutela: el requisito subjetivo de la culpa no opera en el régimen inhibitorio, porque ella está al servicio de la libertad de acción, ya que sin culpa no cabe limitar la actuación, como en el caso de la tutela indemnizatoria que exige culpa para imponer una pérdida económica-jurídica al sujeto pasivo. La autonomía indicada se explica, por último, por la finalidad de restablecimiento del derecho deducido en el juicio que caracteriza a la tutela inhibitoria, que tiende en todo caso a garantizar la realización del derecho, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta del obligado.

Ciertamente, si no es posible determinar culpa en una futura infracción y,

11 En igual sentido, Bellelli (2004) señala: "La acción inhibitoria, como remedio contra el ilícito, deberá impedir la situación contraria a derecho. En este sentido, es irrelevante la imputabilidad del agente, pues la acción inhibitoria estará disponible, aunque la conducta productora del ilícito provenga de una persona incapaz de razonar o de querer. Por lo tanto, el acto realizado por el hombre no se toma en consideración *per se* como acto consciente y voluntario, sino solo en cuanto realiza el simple hecho antijurídico, que es lo único relevante a efectos de la aplicabilidad de este remedio" (p. 617).

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

por ende, no es posible sancionar por un ilícito no acaecido, ¿por qué se puede decretar la pérdida de la propiedad del *instrumento* del posible delito futuro? Porque en el caso concurrirían elementos para creer que aquel arrebato de la propiedad es el mecanismo que efectivamente permitirá *prevenir* la reiteración o permanencia de un ilícito. Si ese fin preventivo es el eje del remedio civil aplicado, entonces será legítimo que el Estado habilite la aplicación de otras medidas menos agresivas contra la propiedad, pero que tienen la virtualidad de alcanzar la *prevención* buscada[12].

Lo anterior permite deducir que la pérdida de dominio debe ser un meca-

12 Sobre este punto, Montesano (1995) señala lo siguiente: "Me parece indiscutible que tutela inhibitoria no consiste en la constatación de que concurren las conductas sobre incumplimiento de deberes que son deducidas en el juicio como *causa petendi* [...] y, en ese caso, en la represión concreta de esas violaciones [...] La tutela inhibitoria consiste en cambio —se dice difusamente— en garantizar que las infracciones cometidas o temidas no se repitan o se concreten [...] De hecho, en varios casos sería inútil que el juez se limitase a prohibir, hacia el futuro, comportamientos idénticos a los ya declarados como ilegítimos, ya que la abstención, a la que está vinculado el perdedor, debe ser idónea para preservar la situación resultante de la represión judicial de la violación del derecho tutelado, y por tanto, cuando se trata de violaciones materiales, la omisión que se impone al sujeto pasivo debe ser distinta de la anterior, ahora irrepetible después de su represión concreta [...] En resumen, permitir al juez dictar tutela inhibitoria significa, en mi opinión, que la medida debe ser adecuada al fin que la ley persigue, otorgando al juez también la facultad de imponer nuevas medidas de abstención al sujeto pasivo y de determinar, caso por caso, su contenido según las situaciones concretas, con amplia discrecionalidad [del juzgador]" (pp. 777 y 778). Por su parte, Motto (2015) indica que al decidir el juez no innova ni crea nuevas obligaciones materiales: "[Cuando se otorga tutela inhibitoria], el precepto legal [de prohibición], que es genérico e indefinido, es concretado por el órgano jurisdiccional en una prohibición específica; lo que no significa, sin embargo, que el requerimiento innove la disciplina de la relación jurídica inter partes, modificando o creando deberes y obligaciones que antes no existían en el plano sustantivo, sino que simplemente establece que, a partir del deber (preexistente) de abstención violado, determinados actos o conductas son ilícitos y, por lo tanto, están prohibidos. La inhibitoria, por tanto, tiene un efecto conformador, en la medida en que dicta una regla de conducta que las partes están obligadas a observar en el curso posterior de su situación jurídica; este efecto conformador, sin embargo, no se consigue mediante la creación o modificación de deberes y facultades en el plano sustantivo, sino a través de un proceso de concreción de lo abstracto en lo concreto, es decir, como es habitual, en la constatación de la voluntad concreta de la ley que opera inter partes. Por lo tanto, es legítimo que el juez, en esa labor de actualización del supuesto abstracto del deber de abstención en el caso concreto, enuncie una regla de conducta de carácter complejo, que no prohíbe *tout court* el desempeño de una actividad, sino que especifica las modalidades a través de las cuales puede ejercerla legítimamente, en respeto de los intereses ajenos: el juez, en la hipótesis de inmisiones intolerables, ordena su cese, pero, al mismo tiempo, puede indicar las modalidades mediante las cuales el vecino puede ejercer legítimamente sus facultades de propietario" (pp. 930 y 931). Coincidimos en que el juez debe tener cierto espacio de discrecionalidad para aplicar la tutela inhibitoria, de modo que pueda elegir entre distintas opciones posibles (menos gravosas o más adecuadas a las circunstancias del caso) para lograr la finalidad preventiva. Sin embargo, delimitar los alcances de este asunto necesitaría un estudio aparte. Puede verse también Trimarchi (1970, p. 97 y ss.) y Basilico (2008, p. 409 y ss.).

nismo excepcional, una suerte de *ultima ratio* de la *tutela preventiva*. Esto es, solo debe aplicarse cuando no existan otros mecanismos de prevención posible.

No obstante, si el juzgador insiste en decretar la extinción de dominio a pesar de que se adoptaron las medidas necesarias para prevenir el ilícito en el futuro, por el solo hecho de que antes el bien fue adaptado para ser *instrumento* de un delito, entonces ese instituto dejaría de extender *tutela preventiva*. En ese caso, la acción se dirigiría contra el propietario, porque permitió, no impidió, o usó el bien como *instrumento* del delito. Esto implicaría atribuirle una actuación culposa y sancionarlo por ello con la pérdida de su propiedad. Hacer esto implicaría convertir a la extinción de dominio en un régimen sancionador, lo que es inconstitucional.

3.3. Consecuencias de alejarse de la *tutela preventiva*

Uno de los asuntos más difíciles en esta materia consiste en detectar qué bienes pueden ser calificados como *instrumentos del delito*. Al respecto, la Corte Suprema de Apelaciones de Sudáfrica se abocó a delimitar qué bienes pueden caer bajo esa definición y, por ende, qué bienes podían ser pasibles de decomiso civil. Citamos:

> [T]ratamos de interpretar la expresión "instrumento de un delito" que [...] la ley define como "cualquier bien relacionado con la comisión o presunta comisión de un delito [...]" [aquí] el legislador quiso dar a la expresión un significado muy amplio. Lejos de limitar los bienes sujetos a confiscación a aquellos "directamente implicados en" o "esenciales para" o "empleados para" un delito tipificado, la definición abarca todos los bienes "que estén relacionados con la comisión o sospecha de comisión" de dicho delito.
>
> En una interpretación literal [...] esto podría llevar al decomiso de bienes cuya función o utilidad para un delito es totalmente accesoria a su comisión, como un vehículo público en el que un pasajero roba un objeto a otro, o un edificio en cuyos huecos se refugia un delincuente que huye, o un piso alquilado por un ladrón que guarda el botín debajo de un colchón. Uno de los significados de "implicado" es "estar en una relación de conexión práctica con; tener que ver con; tener una parte o participación en; estar involucrado en, con". En este sentido tan amplio, podría decirse que el vehículo, el edificio y el piso de los ejemplos son bienes "implicados en" la comisión de un delito.
>
> Pero, evidentemente, ese literalismo sin límites es inapropiado [...] el propio objeto de la ley sugiere cierta restricción. El propósito de las disposiciones de decomiso [...] se señala en el preámbulo de la ley que "ninguna persona debe beneficiarse de los frutos de actividades ilícitas, ni tendrá derecho a utilizar bienes para la comisión de un delito". El "uso" de bienes "para" la comisión de un delito denota una relación de funcionalidad directa entre lo que se utiliza y lo que se consigue. En el sentido que sugiere el Preámbulo, no se podría decir que el vehículo, el edificio y el piso planteados en los ejemplos anteriores hayan sido "utilizados para" la comisión de los delitos. Es cierto que la definición va mucho más allá. Pero es necesario establecer límites a un significado legal que claramente no se pretendía que fuera ser ilimitado, sino que se refería a [bienes] "utilizado[s] para", lo que es un indicador valioso [de la limitación pretendida] [...]

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

> Por ahora basta con decir que las palabras "relacionados con la comisión de un delito" deben interpretarse, en nuestra opinión, de modo que el vínculo entre el delito cometido y la propiedad sea razonablemente directo, y que el empleo de la propiedad debe ser funcional a la comisión del delito [...] En un sentido real o sustancial, la propiedad debe facilitar o hacer posible la comisión del delito. Como sugiere el propio término "instrumento" [...] la propiedad debe ser instrumental, y no meramente accesoria, en la comisión del delito. De lo contrario, no existe una conexión racional entre la privación de la propiedad y el objetivo de la ley: la privación constituirá simplemente una pena adicional en relación con el delito, pero sin las garantías constitucionales que son un requisito previo para la imposición de sanciones penales[13].

Como se aprecia, solo calificarían como instrumentos de delitos aquellos bienes cuyo uso tenga una relación de funcionalidad directa con la consecución del delito, lo que permite descartar el uso de otros bienes que solo tuvieron una relación accidental o circunstancial en la comisión del ilícito.

En ese sentido, nuestra Ley exige que la extinción de dominio se aplique a bienes destinados a actividades ilícitas (art. II, num. 2.4, y art. 1) y que además sean adaptados o dispuestos para ser usados ilícitamente, lo que ratifica la idea de que debe existir esa relación de funcionalidad directa entre bien y comisión del delito. De modo que se trata de bienes peligrosos en el sentido de que pueden volver a ser usados para ello.

En ese sentido, García Cavero (2024) señala lo siguiente:

> En el caso de inmuebles, estos deben estar dispuestos en el caso concreto para favorecer la comisión de un delito [...] por ejemplo, para no permitir a la víctima escapar o ser auxiliada (el secuestro en una casa cerrada), o para impedir el conocimiento por parte de terceros o de las autoridades de la realización de la actividad ilícita (por ejemplo: la instalación de un laboratorio clandestino para la producción de droga). El solo hecho de que un delito se haya cometido en un determinado predio no podría habilitar al Estado a extinguir el dominio de ese predio.

Por lo tanto, concluye que "el lugar del delito es el contexto espacial de todo delito que no puede ser calificado sin más un instrumento de él" (pp. 188 y 189).

Pero cabe preguntarnos ¿por qué el *instrumento* debe ser un bien adaptado o facilitado para el ilícito? Porque si no es así, no hay sustento para temer un nuevo ilícito, no hay suficientes motivos para considerar que se trata de un bien peligroso y, por ende, que se requiere *tutela preventiva*. Si el propietario permitió que su bien sea prediseñado o facilitado para el ilícito, y no toma acciones para asegurarse de que eso no vuelva a pasar, para inutilizar el bien para esos usos ilícitos, sí hay razones para temer un nuevo ilícito.

Pero si el bien no tiene ese destino ilícito, si no califica como bien peli-

13 *National Director of Public Prosecutions v R O Cook Properties (Pty) Ltd (260/03) [2004] ZASCA 36 (13 may 2004)*, párrs. 12-15 y 31.

groso, la extinción de dominio deja de sustentarse en la prevención del ilícito y pasa a convertirse en una sanción contra aquel propietario que permitió o predispuso el uso ilícito de su bien. Y eso convertiría a ese específico proceso civil de pérdida de dominio en una medida inconstitucional, porque se dirige a sancionar, sin brindar las garantías que corresponden al ejercicio del poder punitivo del Estado.

IMPORTANTE

Salvo que se logre justificar lo contrario, creemos que, cuando hablamos de *objeto* o *ganancias* de un delito, es innegable que quitar la propiedad es efectivamente la única manera de remover las consecuencias del ilícito y *restituir* la legalidad. La cuestión es distinta para los *instrumentos* del delito, pues para la finalidad de *prevenir* la comisión de nuevos delitos sí pueden existir otros mecanismos menos gravosos que impidan la continuación o repetición del ilícito. Por ejemplo, si el ilícito temido fue inicialmente cometido por un tercero, sin derechos sobre el bien, bastaría con que se ordene al propietario o al titular del bien tomar ciertas medidas que impidan el acceso clandestino de otros al bien y, con ello, que obstaculicen sus posibles usos ilícitos.

Aquí podemos encontrar a las decenas de casos judiciales en donde se demanda la extinción de dominio de camiones de carga adquiridos por entidades bancarias y luego otorgadas en arrendamiento financiero (*leasing*) a otras empresas que prestan el servicio de transporte de mercancías. En varios casos el personal de Aduanas ha detectado que el transportista ocultaba fruta, plantas o artículos no declarados (lo que califica como delito de contrabando). Eso motivó numerosos procesos de extinción de dominio bajo el pretexto de que el bien fue usado para actos ilícitos.

El Poder Judicial declaró la pérdida de dominio del banco propietario de los vehículos, sin evaluar si el bien había sido facilitado para esas actividades ilícitas y sin analizar si existía el riesgo de que se vuelva acometer el ilícito, o si cabían acciones que impidan que se vuelva a cometer el ilícito (por ejemplo, la conclusión del contrato de *leasing*). Ello indica que esos fallos son inconstitucionales porque se enfocan más en sancionar con la pérdida de derechos reales, ignorando por completo la finalidad preventiva que justifica el uso de aquella figura[14].

3.4. Otro caso de pérdida de derechos reales en la regulación civil

En otro lugar hemos explicado que la obtención de bienes o recursos que son *objeto* o *efectos* de delitos califica como fraude a la ley, pues se usa una institución legítima, como el derecho de propiedad, para ocultar o esconder esos ingresos ilícitos. Asimismo, evidenciamos que el diseño o predisposición de bienes con el propósito de que sean des-

14 Cfr. Resolución n.º 4, de 31 de julio del 2020, del Exp. N.º 0005-2020 de la Sala de Apelaciones Especializada en Extinción de Dominio de Lima.

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

tinados a ser usados como *instrumentos* de delitos constituye un ilícito atípico, en específico, una modalidad de abuso del derecho de propiedad (Velásquez, 2021, pp. 585-588).

Para nuestros propósitos nos interesa profundizar en este último supuesto. Lamentablemente, solo encontramos una hipótesis sobre abuso de derechos regulada por el derecho civil que también prevé como consecuencia la pérdida del derecho abusado. Aquí es importante aclarar que algunas veces esa pérdida de titularidad es denominada como "sanción civil"; sin embargo, veremos que no se trata de una "sanción" propiamente dicha, sino solo de un uso coloquial del término[15].

Ciertamente, a veces la consecuencia jurídica de un instituto civil parece ser una sanción de pérdida de derechos a quien los ejerce en forma abusiva. Tal podría ser el caso de la extinción del derecho real de usufructo por ejercicio abusivo de su titular. Allí el usufructuario debe ejercer su derecho de explotar el bien "en la forma normal y acostumbrada" (art. 1008 del CC), de modo que, si abusa de tal derecho enajenando el bien (en caso de bienes muebles, inmuebles no inscritos o cuando el usufructuario aparenta propiedad) o no realiza reparaciones ordinarias al bien, a tal punto de que se deteriora o perece, en cualquiera de esos tres supuestos, el propietario podrá pedir la extinción del derecho real de usufructo y la restitución del bien (art. 1021.6 del CC).

Podría pensarse que se trata de una sanción contra el usufructuario por abusar de su derecho real, pero en realidad es un remedio para proteger al propietario. Si bien el usufructuario sufrirá un mal, ese no es el propósito de la extinción de su derecho; y para que una medida califique como sanción, el castigo debe ser su principal objetivo. En efecto, según el art. 1021.6 del CC, tal extinción no se produce para castigar al usufructuario, sino que solo opera ante supuestos realmente graves, como el riesgo de pérdida del bien (por transferencia a un tercero o por falta de reparaciones).

Esa causal de extinción del usufructo para proteger al propietario es una idea compartida por los franceses Proudhon (1836, p. 520) y Demolombe (1870, p. 637) y también por la doctrina nacional. Por ejemplo, Maisch von Humboldt (1982) lamentaba que el Código Civil de 1936 no protegiera adecuadamente al propietario, pues le habilitaba solo a pedir que el juez regule el uso y explotación del bien, por lo que proponía recurrir al CC

15 Nos permitimos remitir nuevamente a un trabajo previo que hace referencia específica a la adopción de ese concepto en nuestro sistema jurídico: Velásquez, 2021. Sin embargo, para mayor facilidad, citamos las palabras de Gebauer (2019), que analiza si el decomiso califica como sanción o no, para lo cual hace un excelente resumen de sus características: "La sanción se evalúa en función de tres criterios: la imposición de un mal, la persecución de un propósito punitivo y la descalificación socialmente desfavorable que la medida conlleva" (p. 59).

mexicano para una tutela más drástica, que, en realidad, era la fórmula romana de administración judicial a favor del propietario (p. 173). Finalmente, nuestro CC adoptó la fórmula francesa que brinda una protección aún mayor, y así lo comenta Arias-Schreiber (2003), quien señala que se "protege al nudo propietario contra abusos del usufructuario, permitiéndole acudir al juez para solicitar que se declare extinguido el usufructo, sin necesidad de esperar a que concluya el plazo originalmente pactado" (p. 945).

Esto demuestra que la pérdida del derecho real ejercido abusivamente sí es una medida preventiva que admite el derecho civil. Y también evidencia que solo cabe acudir al juez para que extinga el derecho de usufructo cuando se trata de supuestos realmente graves o excepcionales, como el riesgo de pérdida del bien usufructuado. Pero incluso antes o después de activar la vía judicial sigue en manos de los particulares la posibilidad de tomar otras medidas que garanticen el ejercicio legítimo del derecho, es decir, de optar por otras opciones menos invasivas y también eficaces para los propósitos preventivos que se buscan asegurar[16].

En otras palabras, la pérdida del derecho abusado es un remedio excepcional que opera como *ultima ratio*, cuando no hay otras opciones para prevenir el riesgo temido.

4. Proporcionalidad en la extinción de dominio por uso ilícito

4.1. Justificación material y formal de la aplicación del principio

Ya señalamos que, a partir de la Ley y del Código Civil, se deduce que el principio de proporcionalidad debe regir la aplicación del instituto de extinción de dominio; sin embargo, esas alegaciones requieren un mayor desarrollo.

En primer lugar, existen razones de justicia material que exigen la aplicación del principio de proporcionalidad, principalmente cuando se trata de la pérdida de dominio por el uso ilícito del bien, que es la materia que nos convoca.

Cuando se trata de la extinción de dominio del *objeto* o de *ganancias* de ilícitos, el infractor que pierde la pro-

16 Nuestra legislación sigue el modelo francés que se separó de la regulación romana que solo preveía medidas preventivas para proteger la propiedad ante el abuso del usufructo, sin extinguir este derecho (cfr. Demolombe, 1870, p. 634; Betancourt, 1973, p. 23). En España, Argentina y México se sigue la fórmula romana al prever que el abuso del usufructo habilita al propietario a pedir al juez la administración del bien sin que se extinga el usufructo, pues debe abonar al usufructuario los rendimientos anuales que se generen, fuera de los gastos (Lacruz Berdejo, 2009, p. 23; Rogel Vide, 2015, p. 76). Aunque el tribuno Gary (1839), uno de los principales expositores del *Code* napoleónico, señalaba que el juez estaba facultado para, según las circunstancias, declarar la extinción del usufructo o darle la administración al propietario. En ambos casos la finalidad era proteger al propietario: "Es cosa muy justa el que se pueda quitar el goce de una cosa al que abusa de ella, [de lo contrario] reconoceríamos en el usufructuario la facultad de destruir la propiedad" (p. 497).

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

piedad volvería a la situación económica que tenía antes del delito, por lo que podría decirse que no padece un mal o un castigo patrimonial. En cambio, si hablamos de la pérdida de dominio de los *instrumentos* del delito, el infractor se enfrenta al eventual riesgo de dejar de ser propietario de un bien lícitamente adquirido. De tal suerte que la situación patrimonial que tenía antes del primer ilícito sí se verá disminuida para prevenir la continuación o repetición de un futuro ilícito.

En este último caso, sí que existe una intervención sobre el derecho de propiedad y existe un mayor riesgo de que esa intervención preventiva se tergiverse hasta el punto de convertirse en un mal, perjuicio o castigo contra el propietario. Por eso, se hace imperioso asegurar que tal medida sobre la propiedad (y sobre cualquier derecho constitucional) sea proporcional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional (TC) reitera que "todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el 'límite de los límites', es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad" (Exp. N.º 4677-2004-AA, de 7 de diciembre del 2005, f. j. n.º 28); esto es, el principio de proporcionalidad constituye un "parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales" (Exp. N.º 0050-2004-AI, de 3 de junio del 2005, f. j. n.º 109).

IMPORTANTE

Nos parece que sí es una medida proporcional cuando se trata de *objetos* y *ganancias* de delitos, pues, aunque la remoción de la propiedad del sistema jurídico perjudica en grado máximo al propietario, tiene la ventaja de eliminar totalmente ese derecho real ilícito. En otras palabras, en esos casos, la pérdida de la propiedad ni siquiera debería calificar como un perjuicio, porque se trata de una propiedad fraudulenta, fruto de un ilícito, sino que es simplemente un restablecimiento de la legalidad. Pero no siempre estaremos ante una medida proporcional cuando se trata de *instrumentos* del delito. Porque [...] la pérdida de la propiedad para prevenir un ilícito que no ocurre usualmente será una intervención mayúscula, que generaría más perjuicios que beneficios. Tal vez aquí la regla debería ser invertida, en el sentido de que debe ser el Estado quien acredite que la extinción de dominio de un bien destinado al delito, en el caso concreto, generará más beneficios que perjuicios porque es casi innegable que en el futuro se reiterará el delito.

Por tanto, es innegable que, al tratarse de una intervención intensa sobre el derecho de propiedad, la extinción de dominio necesariamente deberá respetar los límites establecidos por el principio constitucional de proporcionalidad[17].

17 El TC de Sudáfrica tiene reiterada jurisprudencia en donde aplica y delimita el uso del principio de proporcionalidad en materia de decomiso civil (*civil forfeiture*) (cfr. Keightley, 2009, p. 119 y ss.).

Desde el punto de vista formal, también es indiscutible la aplicación del principio de proporcionalidad a la extinción de dominio, pues ello se deriva de lo previsto en el art. 200 de la Constitución. Si bien esta norma regula la proporcionalidad en regímenes de excepción, el TC entiende que su aplicación abarca a todo el ordenamiento. Citamos: "El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho [...] sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona" (Exp. N.º 0010-2002-AI, f. j. n.º 195).

Ciertamente, si la extinción de dominio conlleva la pérdida de la propiedad, entonces es legítimo que esa medida se aplique en respeto del principio de proporcionalidad, más aún si el art. 70 de la Constitución garantiza la inviolabilidad de este derecho. En ese orden, la séptima disposición complementaria final de la Ley dispone que sus disposiciones "se interpretan de forma armónica con el ordenamiento jurídico, siempre que ello sea compatible con su naturaleza".

A mayor abundamiento, a partir del art. VIII del CP, que regula la razonabilidad de las sanciones y medidas de seguridad, el TC resalta la trasversalidad del principio de proporcionalidad en el ámbito penal (Exp. N.º 0012-2010-AI, de 11 de noviembre del 2011, f. j. n.º 37, y Exp. N.º 1010-2002-HC, de 8 de julio del 2002 ff. jj. n.os 5-7). De manera más específica, la regulación penal del decomiso —que tiene una naturaleza similar a la extinción de dominio— también exige el respeto del principio de proporcionalidad en su aplicación. Así se prevé en el art. 103 del CP —que lleva como sumilla "proporcionalidad"—, donde se dispone: "Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102, no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo solo parcialmente".

Es indudable, entonces, que el principio de proporcionalidad es un pilar que modera la aplicación de la extinción de dominio.

Aquí se deberán ponderar dos posiciones contrapuestas. De un lado, el propietario del bien usado ilícitamente, que quiere mantener esa titularidad, para lo cual debe demostrar que no hay riesgos de que continúe o se repita el ilícito. De otro lado, el Estado, que busca sacar del mercado ese bien, para lo cual debe demostrar que este es el mecanismo proporcional para prevenir la repetición o continuación del ilícito[18].

18 En ese orden, Basilico (2008) señala: "La peculiaridad de la tutela inhibitoria reside concretamente en un delicado equilibrio entre las posiciones jurídicas enfrentadas, que se basa precisamente en la comisión del ilícito: si la conducta (comisión) de una de las partes de la relación no es ilícita aún, es decir, no viola una norma de incumplimiento, no puede haber inhibitoria; sino que este sería ilegítimo,

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

4.2. Encuadre del principio de proporcionalidad en la extinción de dominio

De acuerdo con lo anterior, los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad deberían aplicarse de la siguiente manera:

(i) La extinción de dominio debe perseguir la *finalidad legítima* de eliminar o prevenir actos ilícitos. Por eso, la Ley exige pruebas o indicios concurrentes y razonables sobre el origen o destino ilícito del bien (art. II, num. 2.9; art. 14, num. 14.1, lit. d; art. 17, num. 17.1, lit. f; art. 24, y art. 32).

Para el asunto que nos interesa, corresponde determinar o probar que efectivamente estamos ante un *instrumento* destinado al ilícito, lo que supone aclarar dos puntos esenciales. Primero, debe verificarse que se trata de un bien usado dentro del ámbito de comisión del delito, y no fue un bien usado antes de la tentativa[19] o luego de la consumación del ilícito. Segundo, debe verificarse si el bien usado como *instrumento* del delito fue dispuesto, destinado o adaptado para facilitar el delito, pues solo así se mantendría el peligro de que esos bienes puedan ser usados para continuar o reiterar el delito y, por ende, solo allí se requerirá *tutela preventiva*.

(ii) Luego, debe evaluarse si la extinción de dominio es una *medida idónea o adecuada* para lograr la finalidad perseguida. Una vez que haya indicios suficientes de actos ilícitos, se debe evaluar si privar de la propiedad es una medida que efectivamente sirve para eliminar o prevenir el acto ilícito.

Sea que se trate de *objetos*, *ganancias* o *instrumentos* del delito, es innegable que, si se quita la propiedad sobre ellos y se traslada al Estado, se eliminarán efectivamente las consecuencias del ilícito o se prevendrán nuevos ilícitos. Aquí, la extinción de dominio será adecuada a sus propósitos de tutela *restitutiva* y *preventiva*, siempre que se refiera a los bienes que efectivamente fueron objetos, ganancias o instrumentos del delito. Lamentablemente, hay intervenciones que van más allá; por ejemplo, la

pues restringiría sus derechos [sin justificación suficiente]. Si, por el contrario, esa conducta, aunque se realice como parte del ejercicio de un derecho, resulta ser ilícita [...] la medida inhibitoria adquiriría plena legitimidad y podría con una finalidad puramente preventiva, cuando [...] el daño aún no se ha producido, pero, dada la comisión de un ilícito inicial, sea posible que se produzca" (p. 412).

19 En el examen de ponderación que realiza Frenda (2016) para justificar la tutela inhibitoria, señala que discrepa de aquel sector doctrinal que propone esperar a que exista un efectivo ilícito para que recién se pueda extender tutela preventiva contra futuros hechos similares. A su juicio, bastaría con que en el juicio de proporcionalidad concurran ciertos elementos para temer tales ilícitos para que actúe la tutela preventiva (p. 777). Por ejemplo, si se detectan conductas capaces de conducir a ilícitos futuros (sin que en sí mismas esas conductas sean ilícitas), que los intereses a ser afectados sean de alto valor y su vulneración puede ser próxima en el tiempo, se debería extender tutela preventiva.

sentencia contenida en la resolución de 27 de octubre del 2020, del Exp. N.° 0004-2020, en la que la Sala de Extinción de Dominio de Arequipa decretó la pérdida de la propiedad de cuatro edificios inscritos en una sola partida registral, a pesar de que el *instrumento* del delito fue solo uno de los departamentos.

(iii) Después, debe realizarse un *juicio de necesidad*, que consiste en evaluar si hay otras medidas posibles que podrían lograr también la finalidad perseguida por la extinción de dominio. Se trata de una comparación entre el medio establecido por ley y otros medios hipotéticos, a fin de verificar cuál es el menos agresivo sobre los derechos.

Salvo que se logre justificar lo contrario, creemos que, cuando hablamos de *objeto* o *ganancias* de un delito, es innegable que quitar la propiedad es efectivamente la única manera de *remover* las consecuencias del ilícito y *restituir* la legalidad.

La cuestión es distinta para los *instrumentos* del delito, pues para la finalidad de *prevenir* la comisión de nuevos delitos sí pueden existir otros mecanismos menos gravosos que impidan la continuación o repetición del ilícito. Por ejemplo, si el ilícito temido fue inicialmente cometido por un tercero, sin derechos sobre el bien, bastaría con que se ordene al propietario o al titular del bien tomar ciertas medidas que impidan el acceso clandestino de otros al bien y, con ello, que obstaculicen sus posibles usos ilícitos.

(iv) Finalmente, debe aplicarse un juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*, lo que implica definir si la pérdida de propiedad es una intervención que genera más beneficios que perjuicios, o, si se prefiere, si el grado de realización del fin constitucional buscado justifica la magnitud con que se interviene en la propiedad.

Nos parece que sí es una medida proporcional cuando se trata de *objetos* y *ganancias* de delitos, pues, aunque la remoción de la propiedad del sistema jurídico perjudica en grado máximo al propietario, tiene la ventaja de eliminar totalmente ese derecho real ilícito. En otras palabras, en esos casos, la pérdida de la propiedad ni siquiera debería calificar como un perjuicio, porque se trata de una propiedad fraudulenta, fruto de un ilícito, sino que es simplemente un restablecimiento de la legalidad.

Pero no siempre estaremos ante una medida proporcional cuando se trata de *instrumentos* del delito. Porque parece que la pérdida de la propiedad para prevenir un ilícito que no ocurre usualmente será una intervención mayúscula, que generaría más perjuicios que beneficios. Tal vez aquí la regla debería ser invertida, en el sentido de que debe ser el Estado quien acredite que la extinción de dominio de un bien destinado al delito, en el caso concreto, generará más beneficios que perjuicios porque es casi innegable que en el futuro se reiterará el delito.

Número 125 • Noviembre 2024 • pp. 213-240
ISSN 2313-268X (impresa) • ISSN 2415-2285 (en línea)

Por lo anterior, creemos que la extinción de dominio por abuso de la propiedad debe ser *ultima ratio*, debe operar solo cuando no hay otra alternativa que despojar del bien al propietario para inhibir la comisión o continuación del ilícito. Podría pensarse incluso que el Ministerio Público debe estar habilitado a demandar la extinción de dominio como una medida condicionada a la inexistencia de otros medios proporcionales que también permitan la inhibición de los ilícitos.

5. Conclusiones

Estas líneas han tratado de resaltar la necesidad de cooperación entre las distintas áreas del derecho para alcanzar una adecuada ubicación conceptual sobre los fines y alcances del proceso civil de extinción de dominio.

Solo comprendiendo que estamos ante mecanismos de tutela civil *represiva* y *preventiva* se puede dar cuenta de su potencial y de los riesgos que se debe evitar, más aún cuando a su aplicación le toca convivir de muy cerca con las penas y los delitos que operan con garantías, fines y lógicas muy distintas

Esto que podría parecer excesivamente teórico tiene efectos muy prácticos en cuanto al sentido de la Ley y nos evita caer en ciertas inconstitucionalidades que tirarían por la borda todo el esfuerzo del Estado en tomar medidas para eliminar y prevenir los efectos de los delitos.

En resumen, estas líneas solo han querido dejar constancia de la necesidad de diferenciar las hipótesis de aplicación, alcances y límites que debe tener la Ley como mecanismo de tutela civil y poner énfasis sobre sus riesgos cuando se trata de la pérdida de propiedad por uso ilícito de bienes.

6. Referencias

Aguado Correa, T. (2000). *El* comiso. Edersa.

Arias-Schreiber Pezet, M. (2003). Causales de extinción de usufructo. En AA. VV., *Código Civil comentado*. *Derechos reales* (t. 5). Gaceta Jurídica.

Basilico, G. (2008). In tema di tutela inibitoria e diritti di libertà. *Rivista di Diritto Processuale*, (63).

Bellelli, A. (2004). L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. *Rivista di Diritto Civile*, *50*(4).

Betancourt, F. (1973). Sobre una pretendida "actio" arbitraria contra el usufructuario. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (XLIII).

Bianca, M. (1984). *Diritto civile V. La responsabilità*. Giuffrè.

Cappelletti, M. (2017). *La qualificazione giuridica e l'ammissibilità in via generale della tutela inibitoria nei sistemi italiano e statunitense*. [Tesis doctoral. Università degli Studi di Milano-Bicocca].

Cavani, R. (2014). ¿Qué es la tutela inhibitoria? Entendiendo el proceso civil a partir de la tutela de los derechos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (8).

Choclán Montalvo, J. A. (2001). *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Dikynson.

Demolombe, C. (1870). *Traité de la distinction des biens* (t. 2, 4.ª ed.). Augusto Durand Libraire.

Di Majo, A. (2001). *La tutela civile dei diritti* (4.ª ed.). Giuffrè.

Fleischaker, S. (2004). *A short history of distributive justice.* Harvard University Press.

Frenda, D. (2016). Appunti per una teoria dell'inibitoria come forma di tutela preventiva dell'inadempimento. *Europa e Diritto Privato*, (3).

Frignani, A. (1971). Inibitoria (azione). En *Enciclopedia del diritto* (t. 17).

Gálvez Villegas, T. y Delgado Tovar, W. (2013). *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. Jurista.

García Cavero, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Ideas Solución.

García Cavero, P. (2024). Aspectos básicos del proceso de extinción de dominio. *Actualidad Penal*, (117).

Gary, M. (1839). Discurso pronunciado en el cuerpo legislativo. En *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. Imprenta y Litografía de J. Roger.

Gracia Martín, L. (2004). *Estudios de derecho penal*, Idemsa.

Gracia Martín, L. y Vizueta Fernández, (2023). Las consecuencias accesorias. En M. A. Boldova Pasamar y C. Alastuey Dobón. (Coords.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito* (2.ª ed.). Tiran lo Blanch.

Gebauer, T. (2019). *Die Bestimmung des erlangten Etwas bei der Einziehung von Taterträgen nach §§ 73 ff. StGB*. Duncker & Humblot.

Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general* (M. Olmedo Cardenete, Trad.). Comares.

Keightley, R. (2009). Asset forfeiture in South Africa under the Prevention of Organised Crime Act 121 of 1998. En S. Young. (Ed.), *Civil forfeiture of criminal property. Legal measures for targeting the proceeds of crime.* Edward Elgar.

Lohse, K. (2020). Kommentar § 74a. En G. Cirener, H. Radtke, R. Rissing-van Saan, T. Rönnau, W. Schluckebier. (Eds.). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (t. 6, 13.ª ed.). De Gruyter.

Maisch von Humboldt, L. (1982). *De los derechos reales. Proyecto para un nuevo libro cuarto del Código Civil y exposición de motivos*. Desarrollo.

Marinoni, L. G. (2008). *Tutela específica de los derechos. Necesidades del derecho material, tutela de derechos y técnica procesal* (A. Zela Villegas, trad.). Palestra.

Marinoni, L. G. (2014). *Tutela inhibitoria* (L. Criado Sánchez, Trad.). Marcial Pons.

Montesano, L. (1995). Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, (3).

Motto, A. (2015). Note per uno studio sull'azione di condanna nella giurisdizione civile. *Rivista di Diritto Civile*, *61*(4).

Proudhon, P. (1836). *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation* (t. 4, 2.ª ed.). Victor Lagier.

Proto Pisani, A. (2014). *La tutela jurisdiccional* (E. Ariano, H. Campos, R. Cavani, C. Delgado, G. Priori, C. Marinelli y J. Monroy, Trads.). Palestra.

Rapisarda, C. (1987). *Profili della tutela civil inibitoria*. Cedam.

Rogel Vide, C. (2015). *La nuda propiedad*. Reus.

Trimarchi, P. (1970). Illecito (dirito privato). En *Enciclopedia del diritto* (t. 20).

Velásquez, R. (2021). Régimen jurídico de la extinción de dominio. Aclaración de enigmas y lagunas en la extinción de derechos reales ilícitos. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, (13).