

Título: Régimen jurídico de la extinción de dominio. Aclaración de enigmas y lagunas en la extinción de derechos reales ilícitos.

Autor: Velásquez, Raffo

País:  Argentina

Publicación: El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, Junio 2021 - Número 6

Fecha: 14-07-2021

Cita Digital: ED-MDXXII-69

[Índice](#)[Voces](#)[Documentos Relevantes](#)

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIAS. - II. ACERCAMIENTO A LA EX.DO. - III. ¿QUÉ COSA NO ES LA EXTINCIÓN DE DOMINIO? - 3.1. SE INICIO COMO UN PROCESO A LA COSA, PERO NO PUEDE MANTENERSE ASÍ. - 3.2. NO ES UN TIPO DE EXPROPIACIÓN. - 3.3 NO ES UNA SANCIÓN. - 3.4. NO ES UNA CONSECUENCIA DE LAS PENAS, SINO DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS. - 3.5. NO ES UN TIPO CIVIL DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DIFERENCIA PROCESAL. 3.6. NO ES UN TIPO CIVIL DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. DIFERENCIA MATERIAL. - IV. ¿QUÉ COSA ES O INCLUYE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO? - 4.1 EXIGE UN PROCESO AUTÓNOMO. - 4.2. ES UNA REGULACIÓN DE ILÍCITOS ATÍPICOS. - 4.3. EXIGE UNA TUTELA PROPORCIONAL CONTRA LA ILICITUD DE LOS DERECHOS REALES. - 4.4. ES UNA TUTELA RESTITUTIVA FRENTE A ACCIONES ILÍCITAS PASADAS. 4.5. EXCURSUS. OTRAS TUTELAS INHIBITORIAS CIVILES CONTRA ABUSO DE DERECHOS. - 4.6. EXIGE UN PROCESO CONTRA QUIEN OSTENTA DERECHOS REALES SOBRE EL BIEN. - 4.7. SIGUE. EXIGE UN PROCESO CONTRA QUIEN OSTENTA DERECHOS REALES SOBRE EL BIEN. - V. NOTAS MÍNIMAS PARA ACERCARSE A UNA TEORIZACIÓN. - VI. RESUMEN. - VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

## I. INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIAS

En términos generales, puede afirmarse que la extinción de dominio (“EX.DO”) actúa como una figura jurídica que permite eliminar la propiedad o derechos reales y transferirlos al Estado, cuando haya sido adquirida con los beneficios de las conductas calificadas como ilícitos en normas penales o cuando los bienes hayan sido usados para facilitar la comisión de tales actos ilícitos. Sin embargo, la justificación de esas acciones estatales de apropiación requiere la comprensión de algunos conceptos claves que trataremos de identificar, resaltando primero aquello que no es, y luego aquello que sí forma parte de su diseño.

Pero antes de entrar al análisis de fondo es conveniente hacer unas precisiones sobre los términos que usaremos para evitar confusiones posteriores.

En primer lugar, para nuestro ordenamiento jurídico, la existencia o no de delitos, requiere de una declaración judicial firme en ese sentido. Mientras eso no ocurra, solo se puede expresar que existe un presunto delito, un presunto delincuente, o un imputado de cierto delito. Veremos que en los casos de EX.DO, no se requiere de una declaración judicial penal que certifique la existencia o no de tales delitos, ni siquiera se requiere un proceso penal, o incluso se admite que el absuelto de una condena penal pueda ser pasible de un posterior proceso de EX.DO. Debido a eso, el régimen de EX.DO prefiere usar la palabra “actividades ilícitas” antes que actos delictivos. Si bien procuraremos seguir ese lenguaje, es probable que en ocasiones se estimen conveniente la referencia a “delitos” para una mayor facilidad explicativa.

En segundo lugar, y en sentido similar, en ocasiones se usará la frase “actos ilícitos” que, sin embargo, no necesariamente significa ilicitud de la conducta, sino que solo hará referencia a que existe correspondencia entre cierta conducta vinculada a un bien y un tipo reglado en la norma penal. Veremos que para los casos de EX.DO, se exigen otros elementos adicionales (por ejemplo, la antijuridicidad de la conducta) para que el juez pueda declarar que existió un “ilícito civil” que justifica la EX.DO y la consecuente pérdida de los derechos reales<sup>1</sup>.

De cualquier modo, el poco desarrollo que tiene la figura de la EX.DO exige tomar ciertas precauciones en su explicación, pues su cercanía con instituciones civiles, penales y administrativas puede generar un permanente riesgo de confusión.

## II. ACERCAMIENTO A LA EX.DO

El art. 1 de la Ley de Extinción de Dominio, Decreto Legislativo 1373 (“LED”), dispone que la EX.DO tiene como finalidad “*garantizar la licitud de los derechos reales*” y establece que la manera de hacerlo es sacando del comercio a los bienes de origen o uso ilícito, lo que se logra trasladando la titularidad del bien al Estado. Para ello, se deberá seguir un proceso civil autónomo donde se determine la licitud, o no, de los derechos reales, es decir, su vínculo con la conducta calificada como delitos, sin que dependa de otros procesos penales, arbitrales o de otros procesos civiles (art. II, numeral 2.3 y art. 3 de la LED).

Ahora bien, el hecho que la EX.DO persiga un interés público (eliminar la ilegalidad de bienes relacionados con delitos) no excluye la posibilidad de incluirlo como parte de la regulación de los derechos reales. Hace mucho se superó la idea de que el derecho civil solo regula intereses individuales, de tal suerte que excluiría un régimen que limite, restrinja o anule derechos patrimoniales en beneficio de un interés superior. Buena muestra de ello es la existencia de institutos como la proscripción del abuso del derecho, fraude a la ley, prescripción, entre otros institutos de derecho civil que hacen prevalecer un bien superior sobre el interés meramente privado<sup>2</sup>.

Eso tampoco nos lleva a proclamar que la EX.DO comparte los fines de la prevención general y especial, que son propios de las sanciones penales. Pues, en un sentido técnico, la EX.DO no impone un mal, sino que tiene fines restitutivos de la legalidad, solo elimina derechos reales ilícitos por su origen o ejercicio<sup>3</sup>. Por tanto, sería inválido interpretar y aplicar la EX.DO en función de sus supuestos fines directamente disuasivos, olvidando su naturaleza correctora de la legalidad. Por ejemplo, en un caso donde se encontró a una persona fumando un cigarrillo de marihuana en un yate, el propietario logró demostrar que no tenía ninguna relación con el delito, que no había actuado de forma ilícita, sino que solo alquiló su yate. Pero igual fue condenado a la pérdida de su bien, bajo el errado argumento de que esa medida aseguraba que en el futuro tome más precauciones al arrendar sus propiedades (se atribuyó un fin disuasorio a la EX.DO)<sup>4</sup>.

De otro lado, se debe tener en cuenta que la activación de EX.DO no se vincula con cualquier clase de conductas ilícitas, sino solo con aquellas que generan beneficios económicos. Pero la LED es tan genérica que habilita su uso incluso para ilícitos que directamente no generan ingresos. La LED dispone que se puede activar la EX.DO frente a toda conducta calificada como delito que tenga la “*capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito*” (art. I, de la LED), lo que pasaría con los crímenes de sangre que esconden propósitos económicos, como un parricidio con fines de herencia, o un asesinato para cobrar el seguro de vida, etc.

En suma, la EX.DO es un remedio civil destinado a restablecer la legalidad en los derechos reales de propiedad, eliminando el uso de este para facilitar ilícitos penales, o eliminando la propiedad conseguida con beneficios ilícitos. Eso hace que la EX.DO sea hoy bastante popular, pues ya se han iniciado procesos para confiscar los bienes relacionados con delitos de personajes mediáticos. Por ejemplo, en el caso del expresidente que se suicidó cuando iba a ser detenido por las graves acusaciones de corrupción que pesaban sobre él, se ha iniciado un proceso de EX.DO sobre los bienes que dejó a sus sucesores. Eso en el entendido que tales bienes serían los frutos de actos de corrupción u otros delitos. Para eso no ha sido necesario una condena penal firme, ni siquiera un proceso penal contra el fallecido personaje. Del mismo modo, se han iniciado otros procesos de EX.DO para cesar la propiedad de embarcaciones y aeronaves intervenidas mientras eran usadas para el narcotráfico, contrabando y otros delitos, sin esperar una condena penal al propietario del bien o a los autores de esos delitos.

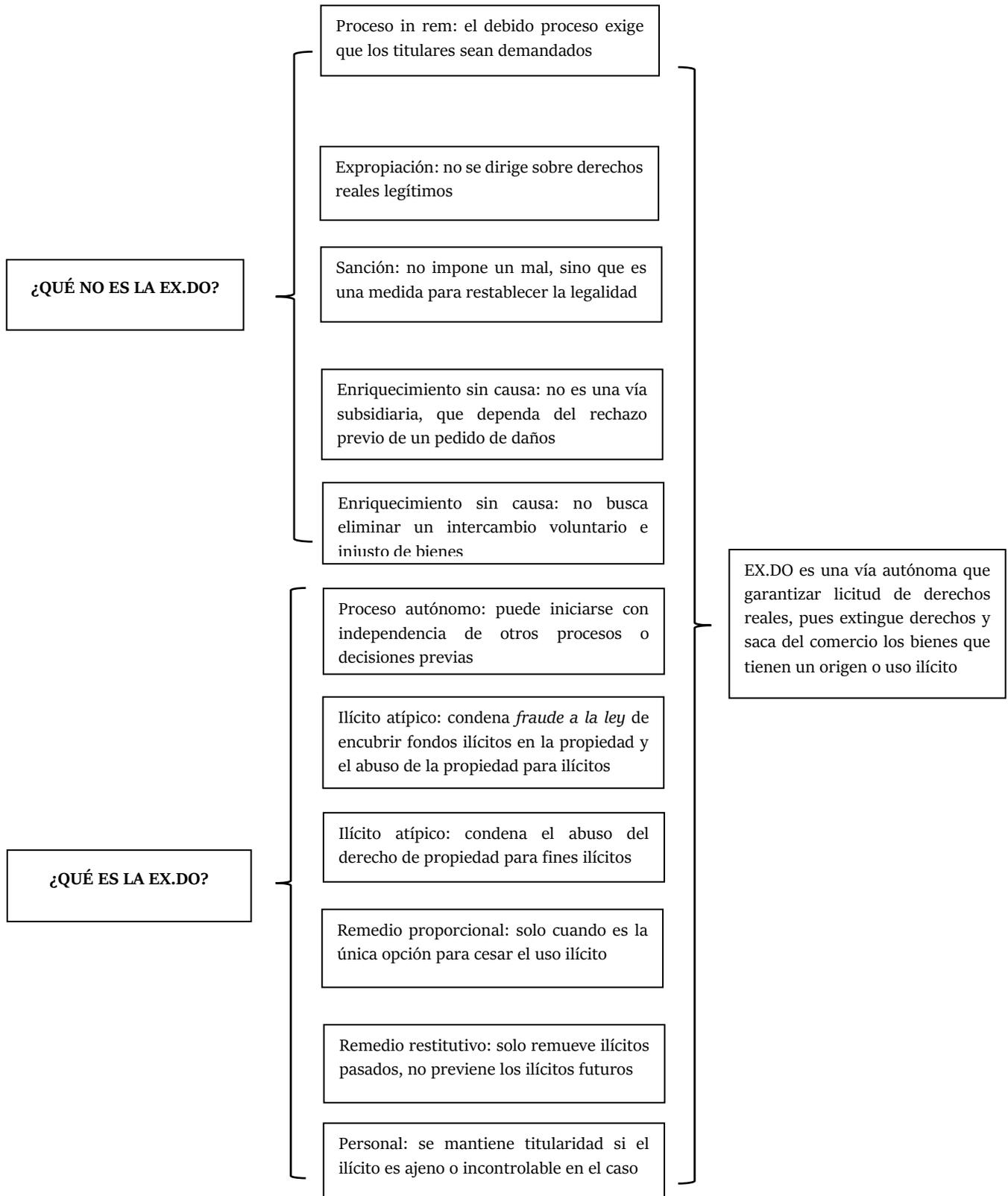
Desde luego que, los propietarios o titulares de derechos sobre los bienes que son objeto de EX.DO tendrán oportunidad de ejercer su derecho de defensa, pero sin las reglas probatorias de presunción de inocencia, y sin otras garantías que son propias del ámbito penal, ya que la EX.DO y su proceso tienen naturaleza civil (aunque esas causas son vistas por jueces mayoritariamente especializados en derecho penal). Y es que su propósito no es determinar la culpa de quienes cometieron el delito, ni imponer sanciones penales, sino que tiene una finalidad civil: eliminar el ilícito en el origen o en el uso de los derechos reales (art. 1 de la LED).

La posibilidad de activar procesos de EX.DO se ha hecho más plausible con la decisión del Poder Judicial de crear veintiún juzgados de esa especialidad en todo el país. A través de ellos el Estado podrá favorecer el desarrollo social al eliminar las propiedades vinculadas a ilícitos y, a la par, tendrá un ingreso adicional para sus arcas.

Tantas bondades, sin embargo, nos genera algunas dudas sobre la legitimidad de quitar la propiedad vinculada a delitos, sin que exista un proceso o una condena penal que certifique la existencia y autoría de tales conductas ilícitas. Más aún si se tiene en cuenta que, en EEUU donde se viene aplicando la EX.DO por más de doscientos años, hay varias denuncias de abusos y excesos en su aplicación, que han permitido al Estado apropiarse de casas, embarcaciones, vehículos u otros bienes cuando se detectó su uso para delitos menores como el consumo personal de marihuana, o la comisión de delitos por cantidades ínfimas en comparación con el valor de esos bienes o incluso sin ninguna intervención del propietario que solo prestó o arrendó su bien al autor de la conducta ilícita, al tal punto que algunos autores califican a ese poder como una “licencia para robar” del Estado.

Entonces, antes que celebrar sus virtudes, se debe investigar y ubicar sus nociones fundamentales para prevenir sus defectos e identificar sus límites. Para eso, es esencial diferenciarlo de otros institutos que parecen asemejarse y hacer una taxonomía de sus elementos, pues su novedad induce a confundirlo, acoplarlo o tratarlo con alguna otra figura conocida. Por eso, estas líneas seguirán la siguiente estructura:

### DIAGRAMA CONCEPTUAL



### III. ¿QUÉ COSA NO ES LA EXTINCIÓN DE DOMINIO?

#### 3.1. Se inicio como un proceso a la cosa, pero no puede mantenerse así

En Estados Unidos se regula la llamada *civil forfeiture* (que traduciremos como comiso o decomiso) que es el antecedente más remoto de la EX.DO y que también habilita al poder público a tomar la propiedad vinculada a actividades ilícitas criminales. Tal figura fue producto de la exportación de ideas traídas por los colonos de los llamados *forfeiture* y *deodans* que se formaron desde el incipiente *common law* inglés. Los primeros se vinculan con los clásicos decomisos. Por ejemplo, si se declaraba la muerte civil de un traidor a la patria o se condenaba con ciertas medidas económicas al delincuente, el Estado tomaban los bienes porque el titular ya no podía ser sujeto de derechos o para cobrarse la sanción económica, respectivamente<sup>5</sup>.

Los *deodans* se vinculaban al reclamo divino por la muerte de un hombre, haciendo indigno y proscrito de todo uso al bien o bestia que fue parte de tal tragedia. Eso generaba procesos *in rem*, contra la cosa o animal comprometidos en el accidente, por lo que no importaba la culpabilidad del propietario que, sin embargo, perdía esos bienes. Al inicio se ejecutaron animales, se hacían añicos o quemaban bienes, luego el “objeto culpable y maldito” pasaba a la titularidad de la iglesia para ser expiado. Pero cuando esa institución religiosa fue importada a Inglaterra, se estableció que el *deodan* que había dado muerte a algún cristiano debía pasar a la corona (no a los sucesores del titular del bien) que se encargaría de interceder por el alma que a persona que abandonó el mundo<sup>6</sup>.

A finales del siglo XVIII, los tribunales federales de EEUU aplicaban procesos *in rem* para las causas vinculadas a leyes de navegación (almirantazgo) y aduanas inspiradas en el derecho inglés. Estos procesos fueron convalidados por la Corte Suprema en 1827, en el caso del bergantín *Palmyra vs. USA*, que fue incautado por actos de piratería, a pesar de que no había personas condenadas por ese delito. Para ello, se utilizó la ficción de los *deodans*, de que el ilícito estaba en el bien. En 1844, en el caso de la embarcación *Brig Malek Adhel vs. USA*, la Corte Suprema estableció que los actos de piratería alcanzaban tanto al propietario inocente e ignorante del delito como al capitán del barco y actor de la conducta ilícita, porque en un proceso *in rem*, se considera al bien como el infractor, sin importar la conducta del propietario. Se concluía así que esa era la forma adecuada de acabar con el ilícito y asegurar la reparación al Estado.

La importación inglesa significó que en EEUU se mantenga el uso del nombre *forfeiture*, pero bajo la lógica de un proceso *in rem*, como los *deodans*. Eso explica por qué en la jurisprudencia de los EEUU, en varios casos de *forfeiture* no se identifica al propietario o al titular del derecho, sino al bien, como parte del proceso. Así, hay procesos en donde figura como demandado un auto, una embarcación, una casa, joyas o incluso cantidades precisas de dinero.

Durante la guerra civil, se dictó una ley de confiscación que estableció un proceso *in rem* contra los bienes de los *confederados* que estaban en poder del ejército de la *unión*. Esto con la finalidad de sortear la garantía constitucional que proscribía las condenas en ausencia y que les era aplicable, pues seguían siendo nacionales. Cuando los reclamos contra la ley llegaron a la Corte Suprema, ésta convalidó la regulación bajo el argumento de que el Congreso había ejercido una potestad de guerra sobre bienes enemigos, afianzándose aún más esta clase de procesos *in rem*. Esto facilitó el trabajo luego de la guerra civil, pues al ser legítimos los procesos *in rem* y dar mayores facilidades a la recaudación, se prefería su uso antes que la activación de procesos penales contra personas que habían cometido delitos, pues eso significaban procesos más largos, con menos probabilidades de condenas personales y de decomisos de bienes.

No obstante, en los casos iniciales que resolvió la Corte Suprema fueron bastante significativos los votos disidentes del Juez Field ya que sirvieron para perfilar los posteriores usos de los *forfeiture*. Señaló que en los

procesos *in rem*, el bien se pierde por su uso ilegal o por su naturaleza ilegítima, es decir, que la cosa misma proporcionaría la evidencia para su condena, como pasa con los bienes que son objeto del contrabando o las naves con las que se realizaban los actos de piratería. De ahí, concluía que, si se pretendía imponer una sanción contra el propietario, por su supuesta condición de rebelde a la ley o de traidor al Derecho, se requeriría de un proceso penal y personal que determine su culpa, y no de una causa civil destinada a corregir una cuestión patrimonial sobre el uso y la naturaleza de los bienes<sup>7</sup>.

Los fallos de esa Corte Suprema, sin embargo, tuvieron como efecto inmediato que se consolide la ficción que sustenta hasta ahora la legitimidad de los procesos *in rem* en EEUU. Aquí puede procederse al decomiso con solo acreditar cierta conexión entre la cosa y un hecho calificado por la ley como delito, prescindiéndose de cualquier indagación sobre la culpa del propietario o autor de la conducta ilícita. Esto explica por qué se concibió como un proceso autónomo respecto del proceso penal: No era trascendente la absolución, condena penal, o siquiera un proceso penal contra el propietario o autor, lo importante era demostrar solo la “inocencia del bien enjuiciado”, es decir, acreditar que no estuvo involucrado con un hecho delictivo<sup>8</sup>. La historia posterior del *forfeiture* está conformada por una serie de abusos, por lo que, a la par, se han ido incorporando una serie de garantías constitucionales aplicables que moldean sus alcances, pero luego de más de 250 años, aún siguen en esa tarea<sup>9</sup>. En todo caso, esa situación no ha impedido la importación de esta figura a otros países<sup>10</sup>.

Por suerte, el trasplante jurídico del *civil forfeiture* no nos obliga a asumir también esa centenaria tradición de la jurisprudencia de EEUU que impone un proceso *in rem*, y que ha merecido varias ficciones y malabares jurídicos para mantener a flote ese instituto dentro de las garantías constitucionales que rigen el sistema estadounidense. Sin embargo, el ser conscientes de esta tradición nos servirá para comprender algunas complejidades de los procesos de EX.DO.

En el Perú, las garantías del debido proceso y de la propiedad son suficientes para impedir un proceso a la cosa, en donde se quite un bien sin que importe la relación que tuvo el propietario el titular de derechos con el evento delictivo. De hecho, solo estos -y no el bien- podrán tener la condición de parte demandada.

Lo anterior tampoco significa que en el proceso de EX.DO se ventilará la misma discusión del proceso penal sobre la culpabilidad del autor de la conducta calificada como delito. Todo el diseño procesal de la EX.DO solo estará encaminado a determinar la licitud de los derechos reales y, de ser el caso, extinguirlos, pero sin lesionar las garantías de los involucrados. De modo que, se perderán los bienes en cuestión si se verifica que el titular no tuvo fondos lícitos que expliquen cómo pudo adquirirlos o se constata que facilitó, o que hizo nada por impedir, el uso ilícito de sus bienes.

En suma, aunque se haya originado como un proceso *in rem*, nuestro sistema constitucional exige que la EX.DO sea concebido como un proceso contra el titular del bien. Pero siempre existen rezagos de la concepción original que deben ser detectados, adecuados y, de no ser posible, rechazados.

### 3.2. No es un tipo de expropiación

Si bien el término “expropiación” suele tener una connotación nociva o dañina de la propiedad, lo cierto es que nuestra Constitución reconoce a la *expropiación forzosa* como una garantía de ella. Así, para no agraviarla, el art. 70 de la Constitución exige que su uso solo se dé con ley autoritativa previa que, además, se justifique en una finalidad legítima como la necesidad pública o la seguridad nacional; así también, se exige que antes de la desposesión, se realice un previo proceso de valoración del bien y pago de la indemnización justipreciada<sup>11</sup>.

Al respecto, como el constituyente consagra que la propiedad es inviolable, estimamos que ha establecido un régimen en donde el bien y toda la situación patrimonial afectada con la expropiación forzosa, sea reemplazado

con otro bien de igual valor económico (la indemnización justipreciada), lo que asegura que el expropiado mantenga una situación de indemnidad patrimonial y no vea afectado su derecho.

No obstante, para eludir estas garantías, se han suscitado *expropiaciones de facto*<sup>12</sup>, en donde el Estado se “apropia” o “confisca” bienes, haciéndose de la propiedad. Algunas veces el Estado indica el motivo constitucional que sustenta sus acciones (seguridad nacional o necesidad pública), y otras veces ni siquiera señala sus motivos. Desde luego, en todos los casos, sin proceso de valoración, ni pago de justiprecio. En tales supuestos, el TC ha proscrito la confiscación estatal y ordenado la restitución del bien. Pero cuando verifica la existencia de un posible interés público en la apropiación del bien o la irreversibilidad de la situación, ha ordenado como medida de reparación, no la restitución del predio, sino que se lleven adelante procesos expropiación forzosa, con el consecuente abono del justiprecio<sup>13</sup>.

Otros casos más elaborados, pero con igual propósito elusivo, se ha dado con las expropiaciones indirectas o regulatorias. Aquí el Estado no se hace de la propiedad, ni de la posesión del bien, sino que impone barreras legales o administrativas de tal nivel que impiden el real uso o disfrute del bien, colocando al titular en una situación que, en la práctica, se equipara a la de quien fue despojado de su propiedad<sup>14</sup>. La misma noción ha empleado el Indecopi al emitir un precedente vinculante sobre la ilegal revocación indirecta de los derechos contenidos en actos administrativos<sup>15</sup>.

En suma, todas las expropiaciones suponen una intervención sobre una propiedad que es legítimamente adquirida o usada, por lo que la Constitución asegura una situación de indemnidad patrimonial que, en unos casos implicará la sustitución de un bien por otro de igual valor (en todos los casos de expropiación forzosa) y, en otros, la restitución del mismo bien en cuestión (en ciertos casos de expropiaciones indirectas o de facto).

A diferencia del instituto de la expropiación, la EX.DO no ha sido pensada como un mecanismo de protección de la propiedad lícita, sino que es un mecanismo de eliminación de la propiedad ilícita. No se asegura la indemnidad patrimonial, sino que se asegura la eliminación de los beneficios ilícitos que se ocultan tras el derecho de propiedad. Y es que la EX.DO fue concebida para acabar con la ilicitud de los recursos con los que se adquirió cierto bien, o con la ilicitud del uso que se está dando al bien.

### 3.3. No es una sanción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) señala lo siguiente:

*(...) las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”<sup>16</sup>.*

El Tribunal Constitucional (“TC”) coincide en que sanciones penales y administrativas consisten en un mal impuesto por los Estados por las conductas ilícitas y que consiste en la privación o alteración de derechos<sup>17</sup>. Por ejemplo, en sede penal, la prisión afecta la libertad personal y en sede administrativa las multas afectan la propiedad.

En el derecho penal se ha escrito mucho sobre los fines y fundamentos de la “pena”, aunque el TC ha resumido ese panorama de teorías sobre la pena y aclarado que “*toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo*”, es decir, “*genera un mal en el penado*”<sup>18</sup>. Pero añade que ahí no se agota la pena, sino que tal castigo debe cumplir fines sociales (generales) y personales (especiales) que tomen en cuenta la condición de

humana del delincuente. Según el TC, aunque se trate de un mal que recae sobre los derechos del penado, ese castigo debe incentivar fines de prevención general, debe buscar un efecto social que desmotive la comisión de ilícitos y generar confianza en la realización del Derecho, y también debe buscar un efecto especial de reinserción que permita internalizar en el infractor el daño que generó con su conducta ilícita<sup>19</sup>.

Igual razonamiento sostuvo el TC con motivo de los cuestionamientos contra una ley que privilegiaba la imposición de medidas correctivas sobre las sanciones, pues señaló que: “... *no se trata de postular que el Estado... tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador*”<sup>20</sup>.

En suma, sea en el ámbito penal o en el administrativo sancionador, las penas o sanciones se caracterizan porque suponen la imposición de un castigo, de un mal contra los derechos de su autor. Aunque a ese mal se deben amarrar ciertos fines que prevengan la comisión de nuevos ilícitos por parte de su autor o de otros sujetos. Casino Rubio coincide en que el principal criterio para identificar las sanciones es “*la finalidad punitiva o de castigo de la correspondiente medida administrativa*” (Rubio, 2018, p. 71), mientras que Rebollo Puig resalta que la sanción administrativa se caracteriza por ser un castigo que busca deliberadamente perjudicar, infligir un mal, a su destinatario. Y, en cuanto mal no restablece los hechos alterados, o los bienes lesionados, ni compensa el daño o hace al infractor actuar según el Derecho y los intereses generales (Puig, 2001, p. 156).

Entonces, pueden darse medidas que buscan restablecer la legalidad o reparar los daños, y, a la par, que perjudican a un sujeto, lo que hace que no califiquen como sanción puesto que no buscan directamente castigar al infractor.

Toda sanción es ajena al ilícito detectado, no repara tal ilícito ni el daño ocasionado, es solo un castigo proporcional a una conducta ilícita. Así, las penas privativas o restrictivas de la libertad y las multas que prevé el art. 28 del Código Penal no inciden sobre el bien jurídico amenazado o agraviado por un delito. Del mismo modo, las multas administrativas son sanciones que no alteran el ilícito cometido, sino que solo tienen como propósito castigar el patrimonio del infractor<sup>21</sup>, aunque eso no debe generar que se desconozca que de esa manera sanciones y penas cumplen ciertos fines. Las sanciones tienen un contenido dañino o punitivo que tiene por finalidad disuadir de nuevas conductas ilícitas al autor y a otros.

Con estos elementos podemos notar que la EX.DO no es una sanción, no es un mal dirigido a eliminar o afectar los derechos del infractor. Sino que, principalmente, se dirige a restablecer la legalidad, a eliminar los frutos o las plusvalías de los ilegales de los delitos, a eliminar los beneficios que generaron. Si la EX.DO fuera una sanción, sería inconstitucional porque la LED habría diseñado un proceso civil que, materialmente, no puede regular sanciones, sino solo relaciones y consecuencias civiles.

Además, sería un proceso inválido porque no cuenta con las garantías aplicables cuando se ejerce el *ius puniendi* estatal. Desde hace veinte años la STC 2050-2002-AA, fd. 8, estableció como criterio que “... *los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador...*”. La Ley no solo omite esas garantías, sino que en incluso niega la aplicación de alguna de ellas al proceso civil que instaura.

Por tanto, la única manera de mantener la constitucionalidad de la LED es ratificando la idea de que la EX.DO es una institución de derecho civil y de ningún modo una sanción. Aunque para eso, debemos identificar bien cuál es la relación entre EX.DO con las actividades calificadas como delitos y las sanciones.

### 3.4. No es una consecuencia de las penas, sino de las conductas ilícitas

Existe un tipo de EX.DO regulado en el art. 102° del Código Penal, que se ubica dentro del Título VI (“Reparación y Consecuencias Accesorias”), Capítulo II (“Consecuencias Accesorias”). Si bien se trata de un régimen jurídico distinto a la EX.DO que venimos estudiando (y que se caracteriza por ser autónomo y no parte de un proceso penal), puede ser útil para perfilar el sentido del instituto que estamos analizando.

Debido a su ubicación y denominación propia, la doctrina nacional resalta que la extinción de dominio del Código Penal no es parte de las penas, ni una consecuencia accesoria de estas, pues su dictado no está condicionado a una condena penal para que sea aplicable. Su naturaleza accesoria, señalan, se relaciona con el delito mismo, pues su aplicación depende de la existencia de este y no de la imposición o no de una condena o pena<sup>22</sup>. Asimismo, la doctrina resalta que, en unos casos, la finalidad de la extinción de dominio será prevenir la nueva comisión de delitos a través del uso de ciertos bienes y en otros casos, será eliminar los efectos patrimoniales (ganancias) derivadas de esos ilícitos, fines que son ajenos e independientes a los fines que persiguen las penas.

Este planteamiento no solo tiene relevancia doctrinal, sino que inspira el numeral 2.3 del art. II, T.P. de la LED que resalta la autonomía de la EX.DO. con respecto a los otros procesos en donde se impongan sanciones. Es decir, la LED, al igual que el art. 102 del Código Penal, prevé que la EX.DO. sea una consecuencia accesoria a los delitos y no de las sanciones. Por esa razón es que el art. I, del T.P. de la LED dispone que es aplicable siempre que concurran actividades delictivas contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, medioambiente, terrorismo, entre otros. Es decir, se exige la verificación de supuestos delitos, pero no una condena penal de estos (y que solo podría ser decretada en un proceso penal por el juez de esa causa).

Lo anterior no debe apresurarnos a sostener que el hecho que estemos ante una consecuencia accesoria de los delitos haría que la EX.DO tenga también naturaleza penal. De ser así, deberíamos admitir también que la indemnización por los daños que ocasionó un delito pierde su naturaleza civil por el hecho de que la dicta un Juez penal, lo que es claramente errado.

Algo similar ocurre en el derecho administrativo sancionador, en la relación entre la sanción y las medidas correctivas. Las primeras, al igual que las penas, están destinadas a infligir un mal, un castigo contra el infractor; mientras que las segundas (al igual que la EX.DO) sólo están orientadas a restablecer la legalidad vulnerada, de modo que no comparten su naturaleza sancionadora. De un lado, el numeral 245.5 de la LPAG dispone que el proceso de fiscalización (en donde no hay sanción aún) puede concluir con el mandato de que se adopten medidas correctivas de la ilegalidad. A su vez, el numeral 251.1 de la LPAG dispone que la imposición de sanciones es compatible con el mandato de medidas correctivas de reposición de legalidad. Por último, el numeral 259.5 de la LPAG dispone que la caducidad del proceso sancionador deja sin efecto las sanciones, pero mantiene vigente por tres meses más las medidas correctivas que se hubieran impuesto.

Todo esto indica (al igual que la relación entre la EX.DO y las penas) que la imposición de medidas correctivas no depende de la existencia y aplicación de sanciones, pues, en unos casos, se aplican antes de cualquier sanción, y en otros se pueden aplicar en conjunto con las sanciones (no como consecuencia de éstas); incluso en otras hipótesis se pueden mantener las medidas correctivas a pesar del cese de la sanción. Esto evidencia que, al igual que el decomiso, estamos ante un instituto independiente de las sanciones y, en cuanto tal, de naturaleza distinta a estas<sup>23</sup>.

De acuerdo con lo aquí descrito, si las medidas correctivas se orientan a restablecer la legalidad, no puede atribírsele naturaleza sancionadora, sino que tienen una naturaleza autónoma y distinta de las sanciones. Lo

que sí puede decirse es que, al igual que la EX.DO del Código Penal, las medidas correctivas son consecuencias de las infracciones y no de las sanciones, sólo las primeras constituyen el presupuesto esencial para su aplicación. Sin infracciones no hay ilícito que necesite de una medida correctiva.

En resumen, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, las medidas destinadas a restablecer la legalidad y/o a prevenir nuevas ilegalidades (como la EX.DO), no comparten la naturaleza de las penas y sanciones, ni son accesorias a estas, lo que indica que tendría una naturaleza ajena al *ius puniendi* estatal. Esto ratifica la propuesta de la Ley de que la EX.DO no es una sanción, sino una medida de tutela civil autónoma con respecto a las sanciones.

### 3.5. No es un tipo civil de enriquecimiento sin causa. Diferencia procesal

Aquí nos referimos a la supuesta relación que existiría entre el instituto civil del enriquecimiento sin causa, con el tipo específico de EX.DO sobre bienes de origen ilícito.

Los arts. 1954 y 1955 del Código Civil (“CC”) regulan un enriquecimiento sin causa, que se da cuando uno se beneficia a costa de otro, porque el primero atribuyó voluntariamente un bien al segundo, sin que haya habilitación legal para eso. Eso pasaría cuando se entrega el bien a pesar de que el contrato fue anulado, resuelto o no llegó a concretarse, de modo que el beneficio no tendría causa, por lo que debe ser restituido. Esa relación entre enriquecimiento y empobrecimiento hace que el legislador confunda a la tutela restitutoria con la indemnizatoria, pues el art. 1955 del CC dispone que solo cabe demandar enriquecimiento sin causa cuando no se puede ejercer otra acción para ser indemnizado. Lo que hace que el reclamo de eliminación del ilícito sea subsidiario con respecto al reclamo indemnizatorio, como si en ambos se pidiera lo mismo. Se olvida que el primero es para ubicar el enriquecimiento que no correspondía y devolverlo; y que el segundo es para detectar el daño y repararlo<sup>24</sup>. De manera que bien puede darse casos en donde la indemnización no restituya lo perdido.

Di Majo resalta, por ejemplo, que el enriquecimiento sin causa no exige acreditar una especial condición subjetiva de dolo o culpa, de modo que procede incluso contra quien actuó de buena fe (Di Majo, 2001, p. 311). Condena que no podrá lograrse en la vía de daños que exige dolo o culpa. O, a la inversa, puede darse casos en donde no se pueda demostrar o ya no subsista la correspondencia entre enriquecimiento de uno y empobrecimiento del otro, situación en donde solo cabría una indemnización por los daños y no una acción de enriquecimiento sin causa. Tal desfase entre ambos institutos, en fin, puede generar situaciones en donde no se ordene indemnización alguna (por no concurrir los elementos de la responsabilidad civil), que se ordene una indemnización menor al beneficio entregado (porque esa la magnitud del daño probado), o que se ordene una reparación mayor al beneficio atribuido.

En todo caso, el error del legislador podría explicarse, de un lado, porque en el modelo francés la jurisprudencia hizo que el enriquecimiento sin causa sea una acción subsidiaria para evitar que las otras medidas de tutela restitutoria (gestión de negocios, pago indebido, etc.) no pierdan contenido, no dejen de ser aplicadas y, de otro lado, porque en la regulación italiana se consideró subsidiaria esta acción para evitar que el actor, paradójicamente, se enriquezca de modo injusto con una restitución y una indemnización. Al parecer, importar esos modelos significó traer también algunas cuestiones aún no resueltas<sup>25</sup>.

Este recuento de la regulación civil no busca solucionar el problema de la llamada subsidiariedad del enriquecimiento sin causa, sino resaltar la diferencia entre el régimen de este último y el de la EX.DO. El primero es un mecanismo subsidiario de tutela, que solo opera ante el defecto o inexistencia de vías indemnizatorias de protección, lo que implica un grave problema, pues equipara tutela indemnizatoria y restitutoria a pesar de que procuran protecciones distintas.

En cambio, la LED tiene una técnica más adecuada pues establece que la EX.DO se debe tramitar como un proceso autónomo y no subsidiario de un proceso penal (art. II, num. 2.3 de la LED) porque su propósito no es castigar al infractor, a su vez, también es autónomo y no subsidiario con respecto a un eventual proceso de indemnización iniciado por un particular o por el Estado afectado, porque no busca reparar daños, sino restablecer la legalidad.

Entonces, existe una diferencia procesal entre la ex.do y el enriquecimiento sin causa, mientras que el primero es una vía de tutela autónoma, el segundo es una vía de tutela subsidiaria.

### 3.6. No es un tipo civil de enriquecimiento sin causa. Diferencia material

En Alemania se pretendió acoger una fórmula única para los distintos tipos de enriquecimiento sin causa. El art. 812 BGB de 1900 estableció que “*quien obtiene algo sin causa jurídica a través de la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado a su restitución*”. A diferencia del nuestro art. 1954 CC, aquella regla alcanzaría a los enriquecimientos generados en la prestación de otro sujeto o a los obtenidos por “*cualquier otra forma*”. Pero en 1934 Walter Wilburg de 1934 evidenció que el BGB se refiere a los enriquecimientos derivados de acuerdos, donde existe una atribución voluntaria de beneficios de quien se empobrece a favor del que se enriquece, lo que excluía a los casos que no nacen de entregas voluntarias. Luego, von Caemmerer diseñó una tipología que distinguía entre enriquecimientos por intervención en los derechos de otros, por liberación de deudas pagadas por un tercero, o por costos asumidos por otra persona (Von Caemmerer, 1966, p. 578). Zimmermann indica que ahora en el derecho alemán los beneficios sin causa obtenidos “*por otros medios*”, distintos a las prestaciones, se acogen como casos de enriquecimiento por intromisión, producidos al allanar los derechos de otra persona (Zimmermann, 1995, p. 418).

Si bien hay más clasificaciones<sup>26</sup>, para nuestros fines, este recuento sirve para resaltar las diferencias entre el enriquecimiento sin causa del art. 1954 CC y la EX.DO de la LED.

Nuestro CC regula los casos donde un sujeto atribuye a otro un beneficio (se empobrece a uno y enriquece a otro) a pesar de que no correspondía darlo. Tal como ocurre con los contratos anulados en donde una de las partes ya había cumplido alguna o todas sus prestaciones, que ahora deben ser restituidas. Mientras la LED se refiere a eventos distintos, donde usualmente no concurre el traslado voluntario de un beneficio, sino que solo concurre la conducta del infractor que incursiona en derechos o bienes jurídicos ajenos, lo que le genera un enriquecimiento que también debe ser removido debido a su ilicitud.

Según la clasificación de Birks diríamos que al instituto de nuestro CC es un *enriquecimiento injusto* y al de la LED como *enriquecimiento ilícito* (Birks, 2001, p. 1783). Ambos buscan eliminar los enriquecimientos sin causa justa, pero cada uno se activa ante eventos bastante distintos, por lo que tienen regulaciones distintas que no conviene confundir.

Además, el enriquecimiento sin causa se diferencia de la EX.DO en sus efectos. Si bien ambos buscan una tutela restitutiva, que remueva el ilícito, tal protección se manifiesta de distinta manera en cada caso. En el primero, el interés es que se restituya la situación patrimonial, la devolución del beneficio indebidamente atribuido a otro. En el segundo, el interés es que se restituya la legalidad patrimonial del titular del bien, eliminando los beneficios de la actividad ilícita. En uno, se restablece la legalidad mediante la recuperación de un bien, en el otro tal restablecimiento se da mediante la eliminación de la titularidad sobre ese bien.

Esto se debe a que cada uno de ellos descansa en distintos modelos de justicia. El enriquecimiento sin causa se sustenta en una justicia conmutativa que se refiere a las relaciones particulares y al libre intercambio de bienes, de modo que lo justo consiste en exigir que cada uno tenga lo que le corresponde (los contratos son un buen

ejemplo de intercambios justos)<sup>27</sup>. En cambio, la EX.DO se sustenta en una justicia distributiva que se refiere a las relaciones entre todos los miembros de una comunidad, de tal suerte que lo justo consiste en el reparto equitativo entre ellos de cargas y beneficios (los tributos son ejemplo de tales cargas y los servicios públicos un tipo de beneficios generales)<sup>28</sup>.

Por último, aunque se trate de institutos que se activan ante eventos distintos y con fundamentos distintos, hay casos en donde confluyen sin confundirse, pues, de un lado, el Estado puede reclamar la EX.DO de un bien adquirido con las ganancias de las actividades ilícitas y, de otro lado, un tercero, que ignoraba de esa situación, puede reclamar al infractor y al Estado, la restitución de los derechos que tiene sobre el mismo bien (o de su equivalente económico). Para eso, el art. 66 del Reglamento de la LED prevé ciertos requisitos y garantías, a fin de determinar si prevalece el pedido de restitución o inalterabilidad de derechos del tercero o la EX.DO postulada por el Estado.

En suma, la EX.DO restablece la licitud de los derechos reales mediante la eliminación de las ganancias de los beneficios de actividades ilícitas (materializadas en propiedades) y el enriquecimiento sin causa restablece los intercambios justos, mediante la recuperación de bienes que voluntariamente fueron mal atribuidos a otro<sup>29</sup>.

#### IV. ¿QUÉ COSA ES O INCLUYE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO?

##### 4.1. Exige un proceso autónomo

Ya vimos que el art. 102° del Código Penal regula la EX.DO como una consecuencia accesorias de la actividad delictiva y no de las penas. Esto significa que su aplicación no está condicionada a una condena penal, sino solo a la concurrencia de un delito. Así se busca evitar la liberación patrimonial del sujeto que, por ejemplo, cometió la actividad ilícita, pero no es hallado culpable y, por ende, es absuelto. De tal suerte, la liberación de la condena penal no significará que el sujeto se libera también de las consecuencias patrimoniales de su acción ilícita.

En ese sentido, Teresa Aguado señala que:

*Como consecuencia de reputar el comiso de ganancias una consecuencia accesorias de la pena, esta sanción no se podrá imponer cuando el sujeto, a pesar de haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, aun cuando no existe justificación político-criminal alguna para excluir el comiso de ganancias en los casos en los que el sujeto se ha enriquecido a través del hecho cometido, aunque no haya actuado culpablemente o no sea punible. Es más... es en estos casos en los que la necesidad político criminal del comiso de ganancias adquiere mayor fuerza”, por lo que concluye que “se requiere, por lo tanto, que se haya cometido una acción típica y antijurídica, aunque no sea culpable. Carece relevancia el hecho de que se haya cometido dolosa o imprudentemente, se haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, incluso carece de relevancia el hecho de que se haya podido identificar o no al autor de la acción punible (Aguado, 2000, pp. 31 y 44).*

Esto explica por qué el la LED consagra que “el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél” (art. II, num. 2.3). Para asegurar esa autonomía la EX.DO, la Ley no exige condena o sanción alguna por las “actividades ilícitas” detectadas, sino que solo requiere su existencia. Por eso, se puede iniciar el proceso civil de EX.DO incluso cuando el sujeto haya sido absuelto por un juez penal, cuando la eventual causa penal haya sido sobreseída, prescrita, en general, declarada improcedente, o ni siquiera iniciada.

Esto es posible debido a que el objeto del proceso de EX.DO es distinto al del proceso penal, pues no busca determinar la culpabilidad de los sujetos que cometieron la conducta ilícita, sino establecer la licitud de los derechos reales, mediante el vínculo entre el bien y cierta actividad calificada por la norma como delito, y, de

ser caso, determinar si existe algún supuesto que permita mantener la propiedad a pesar de dicho vínculo. En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha señalado que *“la posibilidad de que se pueda iniciar proceso de pérdida de dominio cuando se haya absuelto al acusado no impide su realización, en tanto el carácter de este proceso es real, no busca sancionar a las personas”*<sup>30</sup>.

De otro lado, el proceso de EX.DO también es autónomo con respecto a otros procesos civiles. Ya vimos que el enriquecimiento sin causa y la EX.DO de las ganancias de los delitos se asemejan en ciertos puntos, pero son asuntos muy distintos, pues el primero busca restablecer los intercambios injustos mediante la reivindicación del beneficio a su titular y el segundo pretende restablecer la licitud de los derechos reales mediante la eliminación de los beneficios de una actividad ilícita. A su vez, sus procesos son muy diferentes, pues el primero es un proceso subsidiario que solo procede cuando no hay algún mecanismo indemnizatorio o cuando el uso de este sería inútil (art. 1955 del CC) y el segundo es un proceso autónomo que no depende de otro reclamo, pretensión o pronunciamiento previo para su procedencia.

#### 4.2. Es una regulación de ilícitos atípicos

Como señalamos al inicio de estas líneas, la EX.DO puede generar una declaración judicial que dé cuenta de la existencia de un ilícito criminal vinculado a un bien, pero no declara la existencia de un delito atribuible a una persona. La existencia de un delito imputable a alguien y su sanción solo puede ser decretada por un juez penal en la vía procesal respectiva. Aunque hemos usado la palabra “delito” para una mayor facilidad explicativa, no se debe olvidar que, en estricto, la EX.DO solo determina la ocurrencia de una conducta calificada como “delito” por la norma penal con el propósito de determinar su vínculo con el origen o uso de derechos reales, no para sancionar a sus autores o partícipes, sino con la finalidad de determinar la licitud de tales derechos.

Ahora bien, la ilicitud de derechos reales que persigue la EX.DO, no es una usual modalidad de contravención de la ley o la constitución, sino que se inserta dentro de lo que se denomina como ilícitos atípicos.

De un lado, la EX.DO de bienes adquiridos con la plusvalía de actividades ilícitas, se insertaría dentro de lo que se conoce como *fraude a la ley*, pues se utiliza la imagen del derecho de propiedad para presentar como lícito, recursos ilícitamente obtenidos. De otro lado, la EX.DO de bienes usados para cometer actividades ilícitas, sería un supuesto de abuso del derecho, debido a que se utiliza un bien adquirido legítimamente, para conseguir fin ilícito no admitido dentro de los cauces del derecho de propiedad. Esto exige una mayor explicación.

El último párrafo del art. 103 de la Constitución dispone que *“la Constitución no ampara el abuso del derecho”*, pero al interpretar sus alcances, el TC ha establecido que incluye por igual la proscripción contra el *fraude a la ley* y el *abuso del derecho*<sup>31</sup>.

Esto permite advertir que los bienes que caigan bajo estos ilícitos atípicos no tendrán amparo constitucional, ni gozarán de inviolabilidad de la propiedad que asegura el art. 70 de la Constitución y demás normas. En igual sentido, se pronuncia la Corte Constitucional de Colombia al señalar que:

*El derecho de propiedad que la Constitución garantiza... es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad”*<sup>32</sup>.

En igual sentido, nuestra Corte Suprema señala que la EX.DO *“... procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quién lo tenga en su poder o lo haya adquirido; en razón de que nuestro ordenamiento legal no avala o legitima la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido*

y honesto, cuya adquisición no haya sido obtenida dentro de los márgenes prescritos por la Constitución o el Código Civil”<sup>33</sup>.

Para explicar los ilícitos en comentario, el TC recurre a la conocida noción de que el sistema jurídico está integrado por *normas-regla* y *normas-principio*<sup>34</sup>. En términos generales, las primeras describen una conducta específica y cerrada a ser realizada, de modo que exigen un cumplimiento exacto y pleno: “*Prohibido el ingreso de perros al restaurant*”. Mientras que los segundos describen estados valiosos a ser alcanzados, por lo que no estatuyen una conducta específica y cerrada, sino que mediatamente ordenan acciones al proclamar fines valiosos que deben ser perseguidos en la mayor medida posible: “*El restaurant brinda un ambiente agradable a sus clientes*”.

Dentro de ese escenario, señala el TC, el *fraude a la ley* se presenta cuando se usa una *norma regla* como cubierta o pretexto para violar *normas principios*. Atienza y Ruiz Manero presentan así su estructura:

La acción A realizada por el sujeto S en las circunstancias X es fraudulenta si:

- 1) Existe una norma-regla que permite a S usarla para producir el resultado R al realizar A en las circunstancias X.
- 2) Como consecuencia de R, se produce un cierto estado de cosas E que, de acuerdo con los principios que justifican la permisión anterior y otros principios del sistema, supone un daño injustificado o un beneficio indebido, aunque no hay una norma-regla que prohíba producir R, puede haber una regla o principio dirigidos a evitar E (Atienza y Ruiz, 2000, pp. 76-79).

En ese entendido, para el caso de la EX.DO, la adquisición de propiedad (acción A) con recursos provenientes de ilícitos (circunstancia X) encubre un *fraude a la ley*, porque a pesar de que existen normas que permiten adquirir bienes a quien paga por ellos (resultado R), en el caso de delitos, tales normas permitirían encubrir ingresos ilícitos (estado de cosas E), situación proscrita por los principios del sistema jurídico.

De otro lado, señala el TC que el *abuso del derecho* se presenta cuando los atributos que otorgan una norma reglas se ejercen de manera incompatible con el principio que subyace a dicha regulación. Atienza y Ruiz Manero explican así lo anterior:

La acción A realizada por un sujeto S en las circunstancias X es abusiva si:

- 1) Existe una norma regla que permite a S realizar A y otras varias opciones en las circunstancias X.
- 2) Como consecuencia de A, otro u otros sujetos sufren un daño, D, y no existe una regla regulativa que prohíba causar D

El carácter injustificado del daño determina que la acción A quede fuera del alcance de los principios que justifican la norma regla en que se encuentra S, lo que genera una nueva norma regla que indica que en las circunstancias X, la acción A está prohibida (Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 56-57).

En el caso de la EX.DO, el ejercicio de la propiedad (acción A) para facilitar conductas ilícitas (circunstancias X) es abusiva porque genera consecuencias nocivas contra la sociedad (daño D), de modo que ese proceder no está cubierto por el principio que inspira el derecho constitucional de propiedad, por lo que está prohibido.

En suma, la EX.DO debe ser interpretada como una modalidad constitucional de combatir ilícitos atípicos vinculados al derecho de propiedad. Por tanto, si la EX.DO busca acabar con el *fraude a la ley* o el *abuso de derecho* su uso no puede significar un agravio contra la propiedad constitucional. No sostenemos que la EX.DO sea un instituto exento de cuestionamientos, sino que “puede” tener fundamentos constitucionales identificables, aunque para mantener a raya su legitimidad deben tomarse ciertas precauciones en su uso que se analizarán más adelante.

Esto no quiere decir que, ante la sola imputación de ilícitos o el simple inicio de procesos de EX.DO se perderán las garantías propias del derecho de propiedad, pues su inconstitucionalidad por *fraude* o *abuso*, y consecuente extinción, recién se determinará con la sentencia final. Esto quiere decir que las medidas cautelares de entrega de los bienes al Estado (art. 15 de la LED), antes o durante el proceso, debe interpretarse restrictivamente porque inciden en un derecho constitucional. Por ejemplo, para la tutela cautelar de los intereses del Estado, el fiscal y el Juez deberán optar por aquella opción cautelar que sea la menos lesiva sobre la propiedad; o si el proceso de EX.DO concluye con un rechazo de la pretensión del Estado y una ratificación de la licitud de la propiedad, entonces el Estado deberá reparar por el tiempo que despojo de la propiedad y, en su caso, por los eventuales daños generados en ese tiempo.

#### 4.3. Exige una tutela proporcional contra la ilicitud de los derechos reales

Una de las formas de la EX.DO califica como un remedio para eliminar el *abuso de derecho* lo que, sin embargo, exige ciertas modificaciones para que se mantenga como una medida proporcional. Esto quiere decir que, bajo este marco jurídico, la extinción de la propiedad: (i) debe ser una medida adecuada con el propósito perseguido, (ii) debe ser la alternativa menos nociva para conseguir ese propósito, y, (iii) debe generar un beneficio equivalente al grado de afectación padecido<sup>35</sup>.

No considerar este principio, ha generado en EEUU varios casos en donde el uso ilícito de un bien dio lugar a EX.DO claramente desproporcional y, por ende, inconstitucional, al menos desde los ojos del sistema jurídico peruano. Y es que casi todos los casos de *forfeiture* que mencionaremos han sido convalidados en EEUU debido a la larga tradición que tiene esa figura, vínculo histórico que no existe en nuestro país, por lo que no tenemos por qué importar la excesiva tolerancia que tienen sus jueces con los *forfeiture*.

Por ejemplo, el *forfeiture* de la casa porque, en forma oculta, el hijo de los propietarios era micro comercializador de estupefacientes, usando para ello el cobertizo de esa casa<sup>36</sup>; el proceso contra un buque de millones de dólares porque se encontró una centésima de onza de marihuana en el afeitador de uno de los tripulantes<sup>37</sup>; otro proceso contra un yate alquilado porque uno de los arrendatarios fue sorprendido fumando un cigarrillo de marihuana<sup>38</sup>, u otros procesos contra autos de lujo porque fueron prestados o arrendados a personas que decidieron transportar licores o sustancias prohibidas<sup>39</sup>, y un largo etcétera.

En todos estos casos, la EX.DO parece una medida desproporcionada. Veamos.

Vimos que el art. 1 de la LED dispone que la finalidad de la EX.DO es “*garantizar la licitud de los derechos reales*”, propósito que es legítimo, pues el art. 103 de la Constitución proscribe que la propiedad sirva para el *fraude a la ley*, o para el *abuso de derechos*, aspectos que, precisamente, combate la EX.DO.

La misma norma dispone que la ilicitud de los bienes, por su origen o por uso, deba ser combatida con dos opciones posibles: (i) evitando su ingreso al comercio, o, (ii) sacándolos del comercio. La manera de hacerlo, según el art. 32 de la LED, es mediante una sentencia que “*debe declarar la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, así como la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso o el decomiso de los bienes previamente incautados a favor del Estado*”. Es decir, se elimina la ilicitud del bien mediante su transferencia forzosa al Estado. Esto indica que se trata de una medida adecuada, pues si los bienes están fuera del comercio, bajo la titularidad del Estado, en teoría, no sería posible cometer fraude con la propiedad, ni un abuso del propietario.

No obstante, la eliminación de la propiedad no siempre es una medida necesaria, pues pueden existir alternativas menos nocivas para conseguir el mismo propósito buscado. Por ejemplo, los padres podían botar

a su hijo de la casa, los dueños de los vehículos y naves podrían tomar medidas adicionales para delegar el uso o arrendar sus bienes a ciertas personas, entre otras opciones posibles. Aunque a veces, la EX.DO sí que podría ser la única opción posible, como en el caso ocurrido en México con los predios “La Fortaleza” y “La Ford”. Dependerá de las circunstancias que se presenten en cada caso concreto.

Si bien el art. 1 de la LED solo regula como opción la EX.DO, eso no debe ser obstáculo para que el Juez considere otras opciones aplicables menos nocivas. El eliminar la propiedad como única alternativa de cesar el uso ilícito de un bien, sin considerar que hay otras opciones menos nocivas, solo tiene sentido en un escenario en donde se considera al bien usado en delitos como un *deodan*, como una cosa maldita que solo puede ser expiada si de entrega a la iglesia o al Estado, rezago histórico al que, por ventura, no estamos vinculados<sup>40</sup>.

De otro lado, no siempre la opción por la EX.DO será una medida proporcional en sentido estricto. Y es que debe existir una correlación entre el monto del daño generado por la conducta ilícita, y el valor de la propiedad que se pretende extinguir. En los casos que comentamos, existía una manifiesta desproporcionalidad entre unos y otros. La droga encontrada al micro comercializador, los residuos de marihuana en una afeitadora, el cigarrillo de marihuana, el licor prohibido, no tenían correspondencia con el valor de la casa, la nave, el yate y los autos de lujo, respectivamente.

No respetar este principio puede generar situaciones peligrosas, como la activación de procesos *in rem* por delitos que involucran montos menores con el propósito de que el Estado acceda a propiedades de alto valor, propósitos que, en definitiva, no son los que buscó el legislador al instaurar la EX.DO.

Debido a lo anterior, la aplicación de la EX.DO no es tan sencilla como la verificación de un uso ilícito y la consecuente e inmediata pérdida de la propiedad. Nuestro régimen constitucional exige moderar su aplicación cuando se trata de abuso del derecho de propiedad para facilitar actividades ilícitas. En estos casos, los jueces deben disponer la EX.DO solo como una última medida, como la única alternativa que queda para evitar la continuidad del ilícito y que, además, debe ser proporcional al caso concreto, de lo contrario, sería correrá el riesgo de emitir un fallo inválido, lesivo del derecho de propiedad. Lo que se deberá definir en cada caso.

Finalmente, como es evidente, en el caso de bienes de origen ilícito, cuando la EX.DO funciona como un remedio contra el *fraude a la ley*, el principio de proporcionalidad exigirá que la EX.DO solo alcance a aquella parte en donde existe un vínculo entre beneficios de una actividad ilícita y bienes. Por ejemplo, si se considera que ciertos bienes son producto de los beneficios de un delito de narcotráfico, pero la EX.DO pretende recaer sobre bienes que son claramente ajenos a ese delito (por ejemplo, los ingresos por ganar la lotería, los ingresos por herencia, etc.), sería excesivo eliminar la propiedad de esos bienes. Aunque usualmente será difícil diferenciar entre bienes que provienen de delitos y los bienes que son ajenos al mismo.

#### **4.4. Es una tutela restitutiva frente a acciones ilícitas pasadas**

Las acciones ilícitas pueden ser pasadas, actuales o futuras, sin embargo, la LED solo regula hipótesis de delitos pasados, lo que incluye a las actividades ilícitas que se vienen cometiendo en forma continuada (arts. I y 1 de la LED). Tan cierto es esto que la etapa de indagación patrimonial que sustentará la eventual EX.DO está diseñada para la detección de ilícitos ya ocurridos y no para ubicar y prevenir actos ilícitos futuros o para prevenir su repetición (arts. 14 y 16).

Se trata de una típica tutela que mira al pasado para remover el ilícito en el origen o uso de los derechos reales, y así *restituir* una situación de legalidad. En el caso de *fraude a la ley*, la tutela restitutiva consistirá en extinguir la propiedad ilícita y en el caso de abuso de derecho, tal remedio será la *última ratio*, solo eliminará la propiedad cuando no exista otra alternativa *menos lesiva* que permita restablecer la legalidad.

Si bien es una tutela restitutiva frente a ilícitos pasados, puede diferenciarse de la tutela indemnizatoria de ilícitos pasados (daño emergente). Y es que las dos hipótesis de EX.DO son mecanismos contra ilícitos pasados que no necesitan -aunque puede suponerse- de la existencia del daño para su configuración. Marinoni resalta que por mucho tiempo se imaginó que la ley identificaba daño e ilícito al obligar a indemnizar los daños ilícitos, *“sin embargo, 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”* (Marinoni, 2014, p. 29). Eso le lleva a concluir que: *“... si el daño no es elemento constitutivo del ilícito y éste 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”*<sup>41</sup>.

Exactamente, la EX.DO recoge dos modalidades de tutela que excluyen al daño de sus presupuestos y a la sanción de sus consecuencias, pues solo se enfocan en remover el bien ilícito o en prevenir el uso ilícito del bien, sin que el daño o la sanción sea datos que entren en juego para su aplicación.

El caso de la EX.DO por remoción del ilícito es una tutela *restitutiva* que mira al pasado para eliminar el origen o uso delictivo de bienes y no exige la concurrencia del daño para su uso. Di Majo resalta que:

*(...) el remedio indemnizatorio se 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* (Di Majo, 2001, p. 301).

Lamentablemente, ninguno de los supuestos de EX.DO mira al futuro, no incluye una tutela preventiva o inhibitoria frente a previsibles usos ilícitos de bienes, o frente a la probable repetición de tal ilicitud. (No es posible esa tutela preventiva para los bienes de origen ilícito, en donde lo característico es que la actividad ilícita ya se concretó y sus beneficios se transformaron en derechos reales.)

Estimamos que la tutela inhibitoria debería ser agregada por la LED porque también sirve a su finalidad esencial de garantizar la licitud de los derechos reales (art. 1 de la LED), aunque tendría la particularidad de que no requerirá de la efectiva comprobación del ilícito para extender la tutela inhibitoria, pues lo que se protege es el riesgo de que se cometa un ilícito y no su existencia misma. Es decir, se requerirá la invocación de un temor de usos ilícitos del bien, pero no certificar su existencia. En ese sentido, Frignani señala que: *(...) el ilícito, en cuanto tal, no importa a nuestros fines [de brindar tutela inhibitoria]: en efecto, si este fue realizado en el pasado, no será posible eliminarlo, como si jamás hubiese sido realizado, y si en cambio, será realizado en el futuro, ciertamente no puede dar lugar a ninguna sanción antes de que se haya verificado históricamente. Lo que, por el contrario, es de fundamental importancia es la comprobación judicial del peligro de la continuación o repetición del mismo, o el peligro de su comisión* (Frignani, 1958, p. 560).

Esta tutela cumpliría los propósitos de la LED, de hecho, sería algo parecido a los *forfeiture*, a un proceso *in rem*, pues se brindará protección sin necesidad de determinar la participación ni culpa del propietario, y sin el temor de agravar sus derechos<sup>42</sup>, pues las medidas inhibitorias de cese o de prevención que decreta el juez sobre el titular del bien, no eliminarían sus situaciones jurídicas protegidas, sino que le impondrán precauciones complementarias para el ejercicio de sus derechos. No se trataría de una intervención ilegítima en los derechos, pues nadie tiene derechos a tener abierta la posibilidad de darle un uso ilícito al bien (desde luego, siempre existe el riesgo de excesos y abusos).

En suma, la actual LED es solo un remedio de tutela restitutiva respecto de ilícitos pasados que, sin embargo, podría mejorar la realización de sus finalidades, si incluyera además una tutela inhibitoria contra futuros usos ilícitos de los bienes.

#### 4.5. *Excursus*. Otras tutelas inhibitorias civiles contra abuso de derechos

La propuesta de incorporar una tutela patrimonial *inhibitoria* frente al abuso del derecho de propiedad no es original. De hecho, en la exposición de motivos del CC, León Barandiarán resaltaba que su art. II cambió la redacción del Código de 1936 para establecer remedios aplicables frente al abuso del derecho, así, de un lado, se recogió la posibilidad de obtener tutela preventiva frente a previsibles actos abusivos y, de otro lado, también se estatuyó el cese de acciones abusivas ya existentes (León, 1985, p. 24).

Estos son ejemplos de tutela preventiva contra el abuso de derechos: (i) cuando se faculta al acreedor de la herencia a oponerse al abuso del derecho de los herederos interesados en la partición de los bienes, para no pagar ni garantizar la acreencia (art. 875 del CC); (ii) cuando se habilita a reclamar al propietario de un bien ruinoso el cese de su abusiva omisión, a fin de que tome medidas preventivas de reparación del bien (art. del 956 CC); (iii) cuando se permite retener los bienes del deudor e inscribir esa situación para evitar que el deudor abuse de su propiedad y lo transfiera a terceros a fin de eludir el pago (art. del 1128 CC).

También hay casos de tutela preventiva que, sin embargo, parecen incorporar una suerte de sanciones civiles (de hecho, un sector de la doctrina utiliza el término “sanción” sin dimensionar los alcances reales de ese término). Y es que 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 es el caso de la extinción del derecho real de usufructo por ejercicio abusivo de su titular. Al respecto, se prevé que 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 “*deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias*”, el propietario podrá pedir la extinción de aquel derecho de usufructo y la restitución del bien (art. 1021.6 del CC)<sup>43</sup>.

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, como vimos, 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 para proteger al propietario, para evitar que pierda su bien como consecuencia de su indebida enajenación o para evitar que el bien se arruine al perecer por falta de las reparaciones ordinarias<sup>44</sup>.

Otras situaciones que podrían parecer sanciones civiles (algunos autores así lo califican), son los casos de declaración de indignidad de los herederos o legatarios por realizar acciones contra el causante (art. 667 del CC). Ciertamente, parece que el derecho civil se dispone a castigar con la extinción del derecho de sucesión al mal elemento que accionó en agravio del causante, sus descendientes o cónyuge. Sin embargo, como señala Borda, en realidad la ley no busca castigar a un sujeto sino proteger la voluntad del causante, pues le permite que excluya a quien obró en su contra y, si ya no pudiera expresar su voluntad, habilita a sus otros sucesores para solicitar la exclusión, presumiendo así que esa era la voluntad del causante (Borda, 2012, p. 77). Tan cierto es esto que la misma ley permite que el causante perdone a su sucesor y no lo excluya, prevaleciendo así su voluntad (art. 668 del CC).

#### 4.6. Exige un proceso contra quien ostenta derechos reales sobre el bien

Es usual ver malentendidos con respecto a aquellos postulados que indican que *“en la extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo”*, que *“su objeto de acción recae sobre bienes, no sobre personas, en virtud del origen ilícito de estos, y guarda relación con determinado hecho delictivo”*, o que *“el carácter de este proceso es real, no busca sancionar a las personas”*<sup>45</sup>. Sin embargo, el hecho que la EX.DO implique un proceso destinado a determinar la licitud de los derechos reales no genera como consecuencia necesaria que en dicho proceso solo importe determinar la **relación bien-ilícito**, sino que es sumamente trascendente establecer también la **relación titular-ilícito**. Esto es más crítico si se tiene en cuenta que la LED (art. 5.4) no precisa cuáles son las defensas que pueden ejercer los titulares de derechos reales que son parte de un proceso de EX.DO

De cualquier modo, en nuestro sistema jurídico debe ser incuestionable exigir que la tutela restitutoria que incorpora la EX.DO sea desplegada en un litigio contra los titulares del bien posiblemente sean afectado (y no contra el bien) y con las garantías propias del debido proceso. Tales sujetos deben tener la opción de defenderse invocando la “inocencia del bien”, es decir, la falta de una relación entre el bien y el evento delictivo. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿es la única defensa posible que tienen? Eso dependerá de la condición que tienen frente al delito. De un lado, estarán las defensas del titular de derechos reales que, a la vez, es vinculado como supuesto autor o partícipe en el ilícito y, de otro lado, las opciones de defensa que tendrán los “terceros inocentes” frente a los delitos, es decir, de aquellos que invocan su ajenidad o no intervención en el evento delictivo.

En el primer caso: ¿Qué pasa si el propietario o titular de otros derechos reales es vinculado como autor o partícipe del ilícito criminal en cuestión? ¿Debemos descartar de plano la posibilidad de que conserven sus derechos reales ante un proceso de EX.DO? No, pues siempre deben tener abierta la opción de ejercer una defensa invocando la razonabilidad de sus conductas ilícitas. Pensemos, por ejemplo, los casos en donde se da un uso ilícito a los bienes para salvar la vida, la integridad o para proteger otros derechos o principios que el ordenamiento jurídico considera más valiosos en las circunstancias concretas del caso. Sería irrazonable condenar a la pérdida de derechos a quienes actuaron al amparo de los valores y principios del sistema, esto es, a quienes no desplegaron una conducta antijurídica.

El principio de razonabilidad exige que, en los casos de EX.DO también se considere el elemento la antijuridicidad de la conducta del autor, exigencia que proviene de la teoría general del derecho y que es usualmente aplicada en el ámbito civil (para atender los casos de responsabilidad civil por daños o por incumplimiento de contratos), en el ámbito penal (para identificar las causas justificantes de las conductas ilícitas, como la legítima defensa) e incluso actualmente, en el derecho administrativo sancionador (para exonerar de las sanciones por cometer infracciones<sup>46</sup>).

La exigencia de antijuridicidad tiene como fundamento el principio de razonabilidad recogido en el último párrafo del art. 200 de la Constitución y la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que, conforme al art. 3 de la CP, permite el reconocimiento de derechos y garantías implícitas o no enumeradas. El primero proscribía la imposición de medidas contrarias a la razón, no solo exige adoptar medidas lógicamente razonables, sino, sobre todo, medidas razonables derivadas de *“las normas y principios que integran”* el derecho positivo. De ahí que se considere inconstitucional alguna medida *“carente de fundamentación objetiva”* es decir, *“incongruente y contradictoria con la realidad...”*<sup>47</sup>.

Mientras que la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho exige procurar la integración entre los valores de la comunidad y del Estado, lo que significa que *“el fenómeno jurídico no puede ser concebido como*

*una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales. El sistema jurídico derivado de esta modalidad estadual trasciende la regulación formal, y apareja la exigencia de que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana. Dicha concepción presupone los valores de justicia social y de dignidad humana, los cuales propenden la realización material de la persona...”<sup>48</sup>.*

De ese conjunto constitucional podemos derivar el principio de antijuridicidad que, al igual que en el ámbito penal, permite considerar legítimas conductas ilícitas que, en principio parecían reprochables, debido a la concurrencia de causas justificantes derivadas de otras normas o valores del ordenamiento jurídico. Y es que, como señalan Wessels, Beulke y Satzger:

*En el ámbito de determinación de la antijuridicidad, las valoraciones provienen de todo el ordenamiento jurídico. Es decir, **un comportamiento que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico en conjunto, resulta conforme a derecho no puede ser sancionado**, aun cuando configure un tipo penal. Ese es el fundamento del postulado de unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico. Por eso, las causas de justificación pueden no solo ser extraídas del Código Penal, sino ya de todo el ordenamiento jurídico. (Wessels, Beulke & Satzger, 2018, p. 168)*

Por tanto, el principio de razonabilidad y el Estado Democrático de Derecho exigen incluir en el análisis de la EX.DO el principio de antijuridicidad. Es decir, que el Juez de EX.DO debe enfocarse no solo en la existencia de la conducta ilícita de los titulares de los derechos reales, sino también en verificar si existió algún elemento valioso que permita constatar que la conducta en cuestión no tuvo amparo en otras disposiciones o principios del ordenamiento jurídico. De modo que, sería inconstitucional quitar los derechos allí donde existe una conducta ilícita que, sin embargo, tiene amparo o se inspira en los principios o reglas del mismo ordenamiento jurídico.

De acuerdo esto, no basta con que exista una conducta del autor o partícipe que pueda vincularse causalmente con un supuesto ilícito penal, sino que, además, esa conducta debe ser antijurídica, no debe ser admisible por el ordenamiento jurídico, para dar lugar a una legítima declaración de EX.DO. Solo se requiere de esos elementos (causalidad y antijuridicidad), no es relevante que el Juez determine la culpabilidad o no del demandado en la realización de la conducta ilícita.

Pero es difícil imaginar casos en donde los frutos obtenidos por una conducta ilícita y materializados en derechos reales, pueda ser considerado como una conducta legítima. Más sencillo, es detectar casos sobre usos ilícitos de bienes que, sin embargo, no constituye conductas antijurídicas. Tal sería el caso del dueño de un automóvil que lo usa para cometer un robo, porque afrontaba una situación de extrema pobreza ocasionado por la falta de ingresos durante el estado de emergencia. Esto indica que la alegación de falta de antijuridicidad de la acción ilícita solo tendría espacio en escenarios excepcionales, es decir, no puede tratarse de una conducta regular del sujeto. Por ejemplo, el hecho que durante años se use una casa para vender autopartes robadas, responda a un estado de necesidad. De modo que, la antijuridicidad solo podrá evitar la EX.DO cuando se trate de una causa justificante excepcional.

En todo caso, este asunto requerirá un estudio más detallado, aquí solo se pretende establecer un esbozo de los posibles espacios en donde puede jugar la exigencia de antijuridicidad de la conducta para la declaración de EX.DO.

#### **4.7. Sigue. Exige un proceso contra quien ostenta derechos reales sobre el bien**

De otro lado, están los sujetos que son ajenos a la conducta ilícita, los que no tienen una relación de causalidad material con respecto al supuesto delito, que están en condición de predicar una suerte de “inocencia civil”. Al respecto, las defensas de estos “terceros inocentes” podría darse en los siguientes escenarios:

- (a) El propietario o titular que cedió sus bienes en préstamo, arrendamiento, usufructo, u otra modalidad legal, a

un sujeto que después dio o no impidió un uso delictivo del bien.

- (b) El comprador o adquirente de derechos que desconocía que el bien sobre el que ahora recae sus derechos provenía de los beneficios de una actividad ilícita.

La LED solo hace una mención genérica a la hipótesis (b), pero su Reglamento hace un desarrollo más completo sobre los propietarios o terceros inocentes que podrán salvar o mantener sus derechos reales sobre el bien objeto de EX.DO, si acreditan su buena fe al adquirirlos<sup>49</sup>. Se trata de casos de ilicitud de origen de los derechos reales, que después fueron transferidos a terceros de buena fe. Si bien este no es el lugar para un análisis mayor, se trata de un régimen jurídico con estándares bastante elevados y difíciles de cumplir, lo que puede generar después varios problemas después.

Con respecto a los supuestos (a), existe un peligroso vacío que amenaza las opciones de defensa y debido proceso de las personas que se encuentren en dicho supuesto. Para integrar esa laguna normativa y hacerla compatible con el régimen del sistema constitucional, puede ser conveniente recurrir a la regulación comparada de EEUU.

Los iniciales *civil forfeiture* permitían procesar la cosa, con poca o nula importancia de la culpa o autoría del propietario en la acción ilícita. Poco tiempo después la realidad motivó iniciales leyes estatales que detectaron los injustos que eso podía generar y exigieron considerar cierta relación entre el titular del bien y el ilícito involucrado, pues era irrazonable condenar al propietario con la pérdida de sus bienes por ilícitos ajenos a su conocimiento o control. Sin embargo, siempre se mantuvo a los *forfeiture* como procesos autónomos con respecto a las causas penales, lo que relativizaba y debilitaba las posibles defensas de los propietarios o de terceros inocentes perjudicado con el traspaso del bien al Estado.

Pero en 1971 la Corte Suprema señaló que el sistema de *forfeiture*:

*(...) tiene la intención de imponer una penalidad solo a quienes están involucrados significativamente en una empresa criminal... [Por lo que la garantía del debido proceso] puede ser invocada en estas causas [donde los propietarios son ajenos al ilícito]*<sup>50</sup>.

Y en 1974, la Corte advirtió que *“sería difícil rechazar el reclamo constitucional de un propietario cuyo bien sometido a confiscación fue tomado sin su conocimiento o consentimiento. Aunque fijó un alto estándar para liberar el bien ilícitamente usado, pues exigió al propietario acreditar:*

*(...) no solo que no estuvo involucrado y que no estuvo al tanto de la actividad ilícita, sino que también hizo todo lo que razonablemente podría ser esperado para evitar el uso proscrito de su propiedad, pues en esa circunstancia, sería difícil concluir que el decomiso sirvió para fines legítimos y no es excesivamente opresivo*<sup>51</sup>.

Casella recuerda que estos criterios inspiraron la regulación federal de los *civil forfeiture*, que desde los setenta empezó a establecer protecciones a los propietarios inocentes bajo el estándar antes indicado (Casella, 2000, pp. 256-258). Eso porque un sistema demasiado garantista reduciría los fines de la EX.DO y, un sistema demasiado duro, generaría el injusto de hacer que la propiedad de uno padezca por hechos de otro, además, de cargarlos con la obligación de prevenir los crímenes a pesar de que, frecuentemente, no tienen como evitarlos.

Entonces, la cuestión es identificar en qué circunstancias se puede decir que hay un propietario que actuó de manera razonable, que puede predicar su inocencia en un proceso de EX.DO porque se usaron en forma ilícita sus bienes “sin su conocimiento o consentimiento”.

En esa línea, con relación al supuesto (a), la jurisprudencia comparada indica que en el *forfeiture* la inocencia

del propietario no es suficiente para liberar sus bienes, sino que importa su relación frente al ilícito criminal<sup>52</sup>. Si bien no tiene un deber positivo de investigar o descubrir cómo se usa el bien que cedió a terceros, según sus circunstancias, eso puede variar de modo que su ignorancia no sea suficiente. Y es que, por ejemplo, si pudiera tener conocimiento o sospecha de posibles ilícitos, eso le impondrá mayor diligencia para evitarlo, en comparación con quien razonablemente desconocía de la ilicitud. O, en todo caso, si tuviera sospechas del evento, debe acreditar que no otorgó su consentimiento.

Según Guerra, para los tribunales existe "consentimiento" incluso si se expresó desaprobación, pero no se hizo lo suficiente para evitar el delito, o si no se adoptaron "medidas razonables" para prevenir el ilícito (Guerra, 1996, p. 375). Mientras que Casella usa la noción de "ceguera voluntaria" para señalar que quien deliberadamente toma medidas para no conocer ciertos hechos, será considerado como un sujeto que tuvo conocimiento real de ellos (Casella, 2000, pp. 684-685).

Los criterios de la jurisprudencia y doctrina<sup>53</sup> fueron consolidados en la *Civil Asset Forfeiture Reform Act* del 2000 (CAFRA).

De un lado, si se trata de **derechos ya existentes cuando se produjo el uso delictivo** del bien, se le considerará "inocente" a quien: (i) no sabía del ilícito; "o", (ii) al conocerlo, hizo lo razonable en sus circunstancias, para terminar con el uso del bien. Esto se dará, cuando informó la realización actual o futura de la conducta criminal, o cuando revocó oportunamente o, de buena fe intentó revocar, la autorización para el uso del bien a los participantes del ilícito, o tomó medidas razonables para desalentar o prevenir el uso ilegal del bien. Aunque se precisa que estos mandatos no obligan a tomar medidas que puedan exponer a sí mismo u otros a un peligro físico.

De otro lado, el CAFRA regula así los casos en donde los derechos o propiedad fueron **adquiridos después del delito** que da lugar a la ex.do. En tales hipótesis, se considerará "inocente" al comprador o vendedor de buena fe, en función del valor del bien, "y" a quien no sabía y no tuvo motivos razonables para creer que el bien era fruto de un ilícito criminal o que estaba sujeto a una EX.DO.

Estos criterios que proteger a los "terceros inocentes" aún son objeto de varios complementos y precisiones de la jurisprudencia estadounidense y que bien podrían ser asimiladas aquí como manifestaciones de conductas de buena fe que, desde luego, deben merecer un mayor desarrollo. Por lo pronto, se debe resaltar que ante el vacío normativo que existe en la legislación nacional, nuestra jurisprudencia podrá tener en cuenta estos u otros elementos que le permitan liberar los bienes que fueron usados para fines delictivos, pero sin el consentimiento o conocimiento del propietario o del titular de derechos que, por esos motivos, actuó de buena fe.

Lo importante aquí es resaltar que, a pesar de los vacíos en la LED, la EX.DO debe ser concebida como un régimen jurídico que asegura una efectiva defensa y tutela a los propietarios o "terceros inocentes" respecto del uso delictivos de los bienes, pues, de lo contrario, se estaría legitimando la pérdida de la propiedad por conductas ajenas, lo que tendría visos de inconstitucionalidad.

En suma, como se trata de "terceros inocentes" no cabe analizar los elementos de causalidad con la realización de la hipótesis penal, ni de antijuridicidad en la realización de esa conducta. Sin embargo, el hecho que no tengan un vínculo causal con el ilícito penal no es suficiente para que se liberen de una declaración de EX.DO. Para eso, deberán acreditar su falta culpabilidad, pero solo en el sentido de que los terceros deben haber desplegado una conducta no culpable frente al ilícito ajeno, solo así serán "terceros inocentes". Es decir, deben haber estado en una condición de razonable ignorancia o desconocimiento de la conducta ilícita y, en caso de que lo conocieran, deben haber tomado medidas razonables para cesar o impedir el ilícito. Si no fuera así, el

Juez deberá decretar la EX.DO por falta de buena fe del titular del bien frente a los delitos ajenos que conoció y/o consintió.

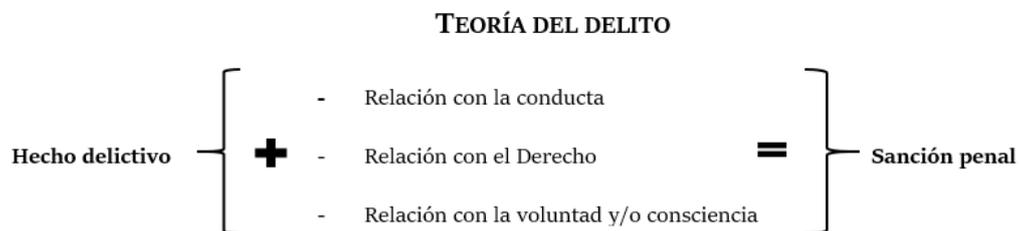
Esta es la nota particular de los casos de terceros inocentes: Ellos sí deben tener la opción de alegar falta de culpa con respecto a la conducta ilícita del anterior titular del bien. A pesar de las múltiples invocaciones de la doctrina, la EX.DO sí es un proceso en donde quepa analizar la culpabilidad del titular de derechos reales, siempre que se trate de un sujeto ajeno al delito. Además, el análisis de culpabilidad no es elemento exclusivo para la determinación de los ilícitos penales, sino que también es usado para establecer la existencia de ilícitos civiles, por ejemplo, para fijar la responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones contractuales (arts. 1314 a 1317 del CC) o en la indemnización por daños y perjuicios (arts. 1969, 1972, 1974 del CC).

De modo que, no debe sorprender que en el proceso civil de ex.do, sea posible que el Juez deba evaluar la culpa o buena fe de los llamados “terceros inocentes”.

## V. NOTAS MÍNIMAS PARA ACERCARSE A UNA TEORIZACIÓN

Los elementos anteriores pueden servir de sustento para unas primeras notas que teoricen sobre el aspecto material de la EX.DO. Para ese propósito, puede ser útil hacer un paralelo entre la EX.DO y la teoría del delito que, en términos generales, establece los presupuestos que deben concurrir para que la aplicación de las penas sea legítima, para que la intervención en la libertad sea admisible. Lo anterior no significará contradecir la naturaleza civil de la EX.DO, sino que más bien permitirá asentar su autonomía respecto del ámbito penal, pero recurriendo a la facilidad didáctica de la teoría del delito.

En términos bastante generales, podemos decir que la teoría del delito establece que, la imposición de sanciones solo será legítima si concurre la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable del imputado. Es decir, éste debe haber desplegado un comportamiento (acción u omisión) que se encuentra tipificado como delito en la ley, además, tal conducta no debe estar autorizada por otras normas jurídicas o tampoco debe ser admisible por otros principios y valores relevantes en el sistema jurídico, esto es, debe ser reprochable por el ordenamiento, ser antijurídica; y, finalmente, la conducta también debe ser reprochable desde la perspectiva subjetiva, es decir, que el sujeto imputado debe haber desplegado la conducta criminal de manera consciente y voluntaria, esto es, culpable. Esto podría traducirse en un análisis de tres relaciones:

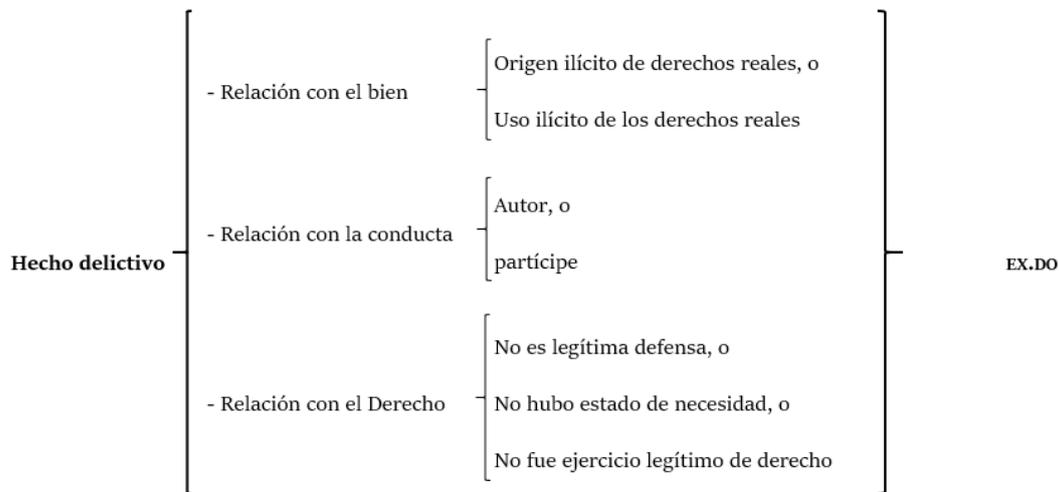


En cambio, en los casos de EX.DO contra los titulares de derechos reales que, a la vez son calificados como posibles autores o partícipes en la conducta ilícita, se deben considerar solo tres tipos de relaciones. De un lado, estarían estos vínculos de partida: (i) la relación entre los beneficios de la actividad ilícita y el origen del derecho real, o, (ii) la relación entre el uso del bien y la comisión de un ilícito calificado como criminal. De otro lado, estaría la relación que vincula a la conducta del titular de derechos reales con respecto al evento delictivo. De modo que, dicho titular podría estar vinculado como autor o como partícipe de la conducta ilícita. Y, finalmente, la relación entre la conducta ilícita y el sistema jurídico, a fin de establecer si es admisible o no por los demás principios y valores del Derecho.

Ahora bien, habría que analizar con mayor detalle las posibles invocaciones de falta de antijuridicidad de la conducta ilícita. Pues, como advertimos, estimamos difícil que pueda ser usado en casos de ilicitud de origen de derecho reales, sino que más bien se correspondería con casos de usos ilícitos de derechos reales por supuestos de estados de necesidad o de legítima defensa. Sin embargo, no debería sorprendernos que la realidad sea más rica en ejemplos. De cualquier modo, debe tratarse de casos en donde la antijuridicidad sea de tal excepcionalidad que permita conservar la propiedad

De acuerdo con lo anterior, el análisis material de una declaración de EX.DO por conducta ilícita atribuible al mismo titular del derecho real, deberá presentar una estructura en donde concurran los siguientes elementos:

#### TEORÍA DE LA EX.DO PARA TITULARES-AUTORES DEL ILÍCITO

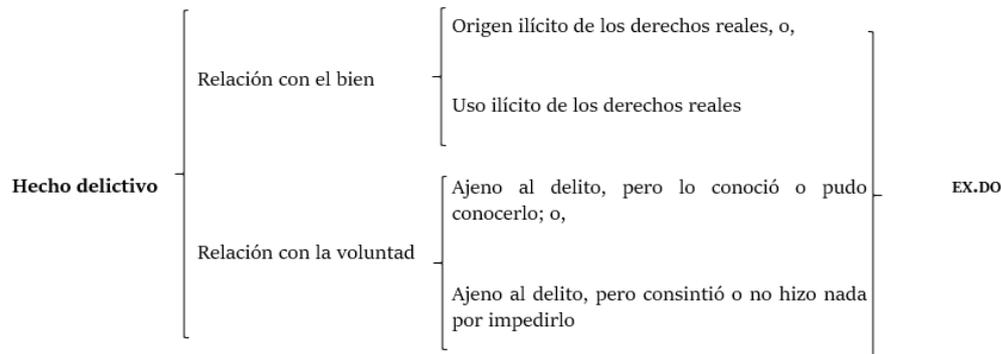


De acuerdo con esta estructura preliminar, se puede afirmar que la EX.DO es un instituto que busca combatir la ilicitud de los derechos reales, sea en su origen o uso. De modo que, puede extinguir legítimamente tales derechos en aquellos casos en donde se llega a certificar que existe una relación entre el ilícito criminal y los bienes, además, de una relación antijurídica entre el ilícito y los titulares de los derechos reales. Ya sea porque son autores o partícipes del ilícito, y no tienen ninguna justificación jurídica para su conducta reprochable.

Otra estructura de razonamiento deberá seguir el Juez para los casos de EX.DO que afectan a titulares de derechos reales ajenos al delito, calificados como “terceros inocentes”. En esas hipótesis, se analizarán las relaciones entre los beneficios de la actividad ilícita y el origen del derecho real, o, entre el uso del bien y la comisión de un ilícito criminal. Pero como se trata de sujetos ajenos a la conducta ilícita no cabría analizar su relación con ilícito, ni la antijuridicidad de esa conducta. Lo que si se analizará es la actitud que tuvo con respecto a la conducta ilícita ajena. Es decir, se evaluará si adoptó una conducta diligente, culpable, o de buena fe, con respecto al evento ilícito ajeno.

Podría decirse que el Juez evaluará si se trata de un espectador que nunca pudo conocer, o que razonablemente, no estuvo en capacidad de conocer, de la conducta ilícita ajena. Lo que excluye los casos de cegueras voluntarias. Y, si el sujeto conoció o estuvo en capacidad de conocer, se evaluará el comportamiento que, según sus circunstancias, pudo desplegar o no, para impedir la continuidad de la conducta ilícita, o para negar su autorización en el uso ilícito del bien. Es decir, se evaluará el conocimiento o su consentimiento que tuvo el “tercero inocente” con respecto a la conducta ilícita. Lo anterior puede ser resumido en el siguiente recuadro:

### TEORÍA DE LA EX.DO PARA TERCEROS INOCENTES



Los dos esquemas teóricos son útiles para identificar las relaciones que deben formar parte del objeto de proceso de EX.DO que, además, son distintas a las que son objeto del proceso penal, a pesar de que ambas se vinculan con la existencia de ilícitos criminales. Asimismo, es útil para dejar en claro que la EX.DO es un proceso dirigido hacia el bien, solo en el sentido de que certifica un supuesto vínculo entre cierto el ilícito penal y los bienes específicos. Pero también exige verificar la concurrencia de otras relaciones adicionales que no se corresponden con la estructura de la teoría del delito.

En todo caso, es más sencillo identificar las notas comunes y los elementos diferentes que presentan los ilícitos penales y los ilícitos civiles que persigue la EX.DO, lo que permitirá detectar con mayor facilidad las garantías del ámbito penal que podrían ser trasladables y aquellas que no.

Por ejemplo, en sede penal, el artículo II del Código Procesal Penal exige que la prueba de la “culpa” del imputado se sustente con una suficiencia probatoria que vaya “*más allá de toda duda razonable*”. De hecho, según el TC, el derecho a la presunción de inocencia es el que exige instaurar ese estándar de prueba<sup>54</sup>. Pero, en el caso de la EX.DO de titulares de derechos reales que, a la vez son autores o partícipes en el ilícito, no se analiza la culpabilidad estos últimos, por lo que es razonable concluir que no rige tal presunción de inocencia y, por ende, que tampoco debe regir un estándar de prueba que exija acreditar el ilícito penal “*más allá de toda duda razonable*”.

De otro lado, en el caso los llamados “terceros inocentes”, el Juez sí analizará su culpabilidad, pero entendida como buena fe de su comportamiento frente al ilícito ajeno, y no a su culpabilidad en la realización de la conducta calificada como delito. Lo que permitiría establecer un estándar de prueba similar a la que se aplica a la buena fe civil para los actos jurídicos, la responsabilidad civil, los derechos reales, u otros ámbitos del derecho privado, y excluir un estándar de prueba penal que exige acreditar la culpa más allá de toda duda razonable.

Desde luego que, existirán otras garantías usuales del derecho penal que sí se aplicarán a la EX.DO y que tienen que ver, por ejemplo, con la antijuricidad (cuya aplicación permitiría liberar al titular del bien si acredita que le dio un uso ilícito por razones de legítima defensa o estado de necesidad). De cualquier modo, la EX.DO es una figura que ha tenido poco tiempo de desarrollo y análisis en nuestro país, por lo que esperamos que la doctrina y jurisprudencia ayude a perfilar mejor su naturaleza, alcances y usos.

## VI. RESUMEN

La EX.DO es una figura compleja cuya comprensión exige un necesario recorrido por el derecho comparado, en especial por el derecho de los EEUU que lleva más de doscientos años aplicándolo, aunque con varias recortes,

precisiones y cambios que les ha permitido adecuarlo a su sistema constitucional, que comparte casi todos los temas sustantivos con el nuestro.

Este instituto debe su carácter autónomo a su origen como proceso *in rem*, que significaba enjuiciar a la cosa culpable del ilícito, con independencia de la participación o no de su titular y, por ende, con autonomía respecto de las causas civiles o penales que se levantaran contra este. Lamentablemente, aún hay rezagos de esta concepción procesal, pues muchas veces se pretende eliminar a toda costa la propiedad involucrada en ilícitos criminales, como si se tratara de un *deodan* que exige relativizar las garantías en este tipo de casos y olvidarnos de las defensas de los titulares de derechos reales que se verían agraviados.

Sus fines de garantizar la licitud de los derechos reales, permiten marcar distancia con las sanciones. A pesar de lo que parece, la EX.DO no impone un mal, no es una sanción, sino que solo remueve los ilícitos detectados, solo restablece la legalidad. Tal finalidad también permite diferenciarla de figuras como la expropiación que, en estricto, es una garantía de la propiedad lícita, pues busca mantener o restablecer la indemnidad patrimonial del sujeto pasivo que padece la expropiación.

Asimismo, el hecho que la EX.DO se dirija a la eliminación de los derechos reales ilícitos también permite distinguirlo del enriquecimiento sin causa, que no se relaciona con los ilícitos penales, sino con el pedido de restitución de aquello que voluntariamente se entregó a otro, a pesar de que no existía razón para hacerlo.

La LED podría tener una regulación más acorde con los fines de la EX.DO, si incluía la posibilidad de una tutela inhibitoria que prevenga futuros usos o repeticiones de usos ilícitos de los bienes. Sin embargo, solo ha regulado una tutela restitutiva o de remoción de ilícitos pasados vinculados a derechos reales.

En su aspecto conceptual, la EX.DO se ubica dentro del sistema constitucional como un instituto contra la propiedad ilícita, como una medida contra el fraude o abuso de derecho que proscribe el art. 103 de la Constitución, de modo que, una vez que el juez declara esa condición, no tendrá ninguna protección constitucional, por tratarse de una propiedad ilícita. Lo que es muy diferente a las expropiaciones que atañe a la propiedad lícita (de hecho, la única posible), por lo que el sistema constitucional establece una serie de garantías para asegurar la indemnidad patrimonial de su titular.

Si bien es posible encontrar el fundamento constitucional de la EX.DO, es necesario tomar dos medidas adicionales para mantenerlo dentro de ese marco constitucional. De un lado, el principio de proporcionalidad exige que, en los casos de uso ilícito de bienes, la EX.DO es la última medida que se debe adoptar para restablecer la licitud en el ejercicio de derechos reales. Solo debe ser usada cuando se una medida necesaria, cuando no exista otra alternativa menos nociva, y cuando el valor del ilícito involucrado se corresponda con el valor del bien objeto de EX.DO. De otro lado, en los casos de bienes adquiridos con los frutos de actividades ilícitas, la EX.DO solo podrá alcanzar a aquellos bienes que sean identificables como tal, de modo que se descarten los bienes que pueden ser identificados como provenientes de ingresos lícitos.

Finalmente, la EX.DO debe completar el enorme vacío normativo en que incurre al o regular las posibles defensas que pueden ejercer los propietarios o terceros inocentes con respecto al uso ilícito de sus bienes. Tal laguna deberá ser complementado por nuestros jueces, para quienes el derecho comparado puede ser una herramienta muy importante. Sin esa integración jurídica, la EX.DO corre el riesgo de generar graves inconstitucionalidades por generar indefensión en los afectados con la pérdida de sus derechos reales.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Autores varios (1984). “Nota: The law of deodans”, en *The monthly law magazine*, Vol 10, Croft & Blenkarn,

Londres.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía (2014). “Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador” en *Revista de Administración Pública*, N° 195, Madrid.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max (2003): “Causales de extinción de usufructo”, en *AAVV, Código Civil Comentado*, Tomo V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.

BARNET, Todd (2001). “Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of The Civil Asset Forfeiture Reform Act”, en *Duquesne Law Review*, N° 40.

BETANCOURT, Fernando (1973): “Sobre una pretendida ‘actio’ arbitraria contra el usufructuario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XLI-1, Madrid.

BIRKS, Peter Birks (2001): “Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment”, en *Texas Law Review*, N° 79, Austin.

CAEMMERER, Ernst von (1966): “Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause”, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 18, N°3, París. Acceso web el 16 de junio de 2019, [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1966\\_num\\_18\\_3\\_14626](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1966_num_18_3_14626)

CASELLA, Stefan D (2000). “The Uniform Innocent Owner Defense to Civil Asset Forfeiture: The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 Creates a Uniform Innocent Owner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by the Federal Government”, en *Kentucky Law Journal*, N° 89.

CASINO RUBIO, Miguel (2018). *El concepto constitucional de sanción administrativa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CHÉNEDÉ, François (2012): “Las conmutaciones en el derecho privado. Contribución a la teoría general de las obligaciones”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 18, Santiago.

DEMOLOMBE, Charles (1870): *Traité de la distinction des biens*, Tomo II, 4ª edición, Augusto Durand Libraire, París.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1955). *Derecho civil español*. Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

DI MAJO, Adolfo (2001): *La tutela civile dei diritti*, 4ª edición, Giuffrè, Milán.

FRIGNANI, Aldo (1958). “Inibitoria (azione)”, en *Enciclopedia del diritto*, Vol. 21, Milán.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther (2013): *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*, Jurista editores, Lima.

GALLO, Paolo (1992): “Unjust Enrichment: A Comparative Analysis”, en *The American Journal of Comparative Law*, Volume 40, Tomo 2, Oxford University Press.

GARCÍA CAVERO, Percy (2019): *Derecho Penal – Parte General*, Ideas Solución Editorial, Lima.

GARY (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, Barcelona.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2012): “Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, N° 31, Madrid.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Íñigo (2017). *Derecho administrativo sancionador: parte general*. 4ª edición. Thomson Reuters, Navarra.

GRACIA MARTÍN, Luis (2004): *Estudios de derecho penal*, Idemsa, Lima.

GUERRA, Sandra (1996). “Family values?: The family as an innocent victim of civil drug asset forfeiture”, en *Cornell Law Review*, N° 81.

SKORUP, Brent (2012). “Ensuring eighth amendment protection from excessive fines in civil asset forfeiture cases”, en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, N° 22.

FINKELSTEIN, Jacob J. (1973). “The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty”, en *Temple Law Quarterly*, Vol. 46, No. 2.

LACRUZ BERDEJO, José y otros (2009): *Elementos de derecho civil*, Tomo III-2, Dykinson, Madrid.

LEÓN BARANDIARÁN, José (1985): *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, Industrial Avanzada, Lima.

LEVY, Leonard (1996): *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, The University of North Carolina Press.

MAXEINER, James R. (1976). “Bane of American Forfeiture Law Banished at Last”, en *Cornell Law Review*, N° 62.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia (1982): *De los derechos reales, proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*, Editorial Desarrollo, Lima.

MARINONI, Luiz Guilherme (2008): *Tutela específica de los derechos, necesidades del derecho material, tutela de derechos y técnica procesal*, traducción de Aldo Zela Villegas, Palestra, Lima.

MARINONI, Luiz Guilherme (2014): *Tutela inhibitoria*, Traducción de Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid.

MIR PUIG, Santiago (2008). *Derecho penal, parte general*. 8ª edición. Editorial Reppetor, Barcelona.

MORÓN URBINA, Juan Carlos (2010): “Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 9, PUCP, Lima.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010). *Derecho penal. Parte general*. 8ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2002). “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, en *Diritti & Questioni Pubbliche*, Palermo, N° 2.

PROUDHON, Pierre (1836): *Traité des droits d’usufruit, d’usage personnel et d’habitation*, Tomo IV, 2ª edición revisada, Victor Lagier – Libraire Éditeur, Dijon.

POLLOCK, Frederic y MAITLAND, Frederic William (1898). *The history of english law*. Tomo II. 2a edición. Cambridge University press, pp. 462-511, acceso web el 30 de octubre de 2019, <https://archive.org/details/historyofenglishoopolluoft/page/n3/mode/2up/search/deodan>

POLLOCK, Stacy J. (1994). “Proportionality in civil forfeiture: Toward remedial solution”, en *George Washington Law Review*, N° 62.

PLUCKNETT, Theodore (1948). *A concise history of the common law*. 4a edición. Londres: Butterworth, pp. 417-453, acceso web el 30 de octubre de 2019, <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.77555/page/n137/mode/2up/search/forfeiture>

RAWLS, John (1986): “Justicia distributiva”, en *Estudios Públicos*, N° 24, Santiago.

REBOLLO PUIG, Manuel (2019). “Antijuridicidad”, en Blanca Lozano Cutanda (directora), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Iustel, Madrid.

REBOLLO PUIG, Manuel (2001). “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa: Revista de derecho administrativo*, número extraordinario.

REED, Terrance G. (1994). “On the importance of being civil: constitutional limitattions on civil forfeiture”, en *New York Law School Law review*, N° 39.

REINHART, Douglas (1994). “Applying the eighth amendment to civil forfeiture after Austin v. United States: Excessiveness and proportionality”, en *William and Mary Law Review*, N° 36.

SKORUP, Brent (2012). "Ensuring Eighth Amendment Protection from Excessive Fines in Civil Asset Forfeiture Cases", en *George Mason University Civil Rights Law Journal*, N° 22,

RAPISARDA, Cristina (1987): *Profili della tutela civil inibitoria*, Cedam, Padua.

RAPISARDA, Cristina y TARUFFO, Michelle (1989). “Inibitoria”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. 17, Roma.

REBOLLO PUIG, Manuel (2001): “El contenido de las sanciones”, en *Justicia Administrativa*, número extraordinario, Valladolid.

ROGEL VIDE, Carlos (2015): *La nuda propiedad*, Editorial Reus, Madrid.

ROSS, David Benjamin (2000): "Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process", en *Regent University Law Review*, N° 13.

S/A, Nota Legal (1841). “The Law of Deodands”, en *Monthly Law Magazine*, Vol. 10, N° 37.

SIRENA, Pietro (2018): “La sussidiarietà dell’azione generale di arricchimento senza causa”, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milán.

SIRENA, Pietro (2009): “La restituzione dell’arricchimento e il risarcimento del danno”, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milán.

STRAFER, Richard G. (1985): “Civil forfeitures: Protecting the innocent owner”, en *University of Florida Law Review*, N° 37.

VELÁSQUEZ, Raffo (2012): “Notas para una teoría general de la expropiación forzosa”. en *Revista peruana de derecho constitucional*, N° 5.

VELÁSQUEZ, Raffo (2013). “Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos”, en *Ius et Veritas*, N° 46.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner y SATZGER, Helmut (2018). *Derecho penal, parte general*. 46a edición. Traducción de Raúl Pariona Arana. Instituto Pacífico, Lima.

VIRGO, Graham (2015): *The principles of law of restitution*, 3ª edición, Oxford University Press.

ZEDIN, Michael y Weiner, Roger. G. (1991): “Innocent third parties and their rights in forfeiture proceedings”, en *American Criminal Law Review*, N° 28

ZIMMERMANN, Reinhard (1995): “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Volumen 15, N° 3, Oxford.

## Notas

---

<sup>1</sup> Lo mismo pasa en sede penal donde, por ejemplo, no basta con la ocurrencia del hecho delictivo para sostener que existe delito, sino que se debe verificar, además, la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del sujeto; o, en sede civil, en donde no basta con la ocurrencia de un daño para sostener que existe un caso indemnizable, sino que debe constatarse, además, que el daño sea antijurídico, causal y atribuible por culpa al responsable.

<sup>2</sup> Federico De Castro advirtió lo siguiente:

*Si el Derecho privado fuese aquel en el que prevalece el interés individual, todo lo que sea extraño a él queda fuera, ha de ser expulsado del ámbito del Derecho civil; lo que significa más que la exclusión de ramas o instituciones del Derecho, supone el que se considere incompatible, ajeno y hasta condenable la admisión en el Derecho privado de la limitación o subordinación del egoísmo individual a otros fines más altos (buena fe en el tráfico, abuso del derecho, fraude del derecho, obligaciones naturales, causa ilícita, limitaciones intrínsecas de los derechos reales, etc.). Monstruosa concepción del Derecho privado, como esfera intangible del egoísmo de los privilegiados, degradación logicista del antiguo liberalismo, que explica -y hasta justificaría ampliamente si fuese cierta- las teorías que condenan el Derecho privado al exterminio (De castro, 1995, pp. 88-90).*

<sup>3</sup> Usamos la propuesta de Rebollo Puig quien aclara que las sanciones se caracterizan por ser un castigo que busca deliberadamente perjudicar, infligir un mal, a su destinatario, sin restablecer los hechos alterados, o los bienes lesionados, ni compensar el daño o hace al infractor actuar según el Derecho y los intereses generales (Puig, 2001, p. 156).

<sup>4</sup> Cfr. Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.*, de 1974. Corte Suprema de EEUU.

<sup>5</sup> Cfr. Plucknett, 1948, pp. 417-453; Pollock y Maitland, 1898, pp. 462-511.

<sup>6</sup> Cfr. Finkelstein, 1973, pp. 170-183; S/A, Nota Legal, 1841, pp. 15-24 ; Levy, 1996, pp. 1-20. El 18 de agosto de 1846 se derogó la regulación de *deodans* y fue reemplazada por una ley de compensación por muertes accidentales, sin embargo, la idea ya había sido importada ideas a Estados Unidos, aunque con ciertos cambios.

<sup>7</sup> Cfr. *Tyler vs. Defrees y Miller vs. USA*, de 1871. (Maxeiner, 1976, pp. 779-792; Reed, 1994, pp. 259-262)

<sup>8</sup> Para un análisis crítico de esta ficción, Cfr. (Ross, 2000, pp. 260-264; Barnet, 2001, pp. 92-99; Levy, 1996, pp. 177-205).

<sup>9</sup> Podría decirse que ese largo camino fue iniciado con el caso *Boyd vs. USA* de 1886, en donde la Corte Suprema sostuvo que, si los delitos de un hombre sustentan el decomiso, se le deben dar ciertas garantías en el proceso in rem, como la proscripción de presentar documentos que supongan una autoincriminación. Si bien se intentaron varios cuestionamientos contra la constitucionalidad de ese régimen, en el caso *Gold-smith-Grand Co. vs. USA* de 1921, la Corte Suprema declaró que: “*ya sea que el motivo [del forfeiture] sea artificial o real, ya está demasiado firmemente arraigado en la jurisprudencia punitiva y correctiva del país como para ser desplazado ahora*”.

<sup>10</sup> El 2019 México incorporó la EX.DO al artículo 22 de su Constitución. Aunque su uso se originó en la expropiación indebida de los predios llamados “La Fortaleza” y “La Ford” que eran utilizados para el acopio y venta de drogas, autopartes robadas y otros ilícitos. Para solucionar eso, el Distrito Federal de México decretó la expropiación, a de que la medida no calzaba dentro de la noción de “utilidad pública” que prevé su Constitución para las expropiaciones (pero, sin duda, fue una medida con alta aceptación popular, imagínese la expropiación o EX.DO de los predios del mercado San Jacinto o de la Cachina en Lima). Advertidos de este error técnico, y de la conveniencia de adoptar una figura con efectos similares, incorporaron el *forfeiture civil* en su legislación el 2008 y en su Constitución el 2019. Por su parte, la Constitución de Colombia de 1991 incorporó en su art. 34 la figura de la EX.DO, lo que actualmente es desarrollado por su Código del 2014 y por una muy interesante jurisprudencia de su Corte Constitucional, mientras que Argentina la acaba de incorporar el 2019 por Decreto de Necesidad y Urgencia 62/2019. En nuestro país, su más reciente desarrollo se ha dado con el Decreto Legislativo 1373, del 2018, cuya eficacia ha sido potenciada con la aprobación de su Reglamento (Decreto Supremo N° 007-2019-JUS).

<sup>11</sup> Para un mayor detalle de las garantías que incorpora esta norma, cfr. (Velásquez, 2012, pp. 35-83).

<sup>12</sup> Término usado por el TEDH y la CIDH, cuyos criterios suele seguir nuestro TC, en lo que suele llamarse un diálogo de Cortes. Cfr. Caso *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano c. Panamá*, Sentencia de la CIDH del 14 de octubre de 2014, el voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor hace una reseña sobre la idea de expropiación de facto desarrollado por el TEDH y que sería aplicable al caso en cuestión. Sobre los fallos del TEDH puede verse el Caso *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, del 23 de septiembre de 1982, párr. 63; caso *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, del 24 de junio de 1995, párr. 45; Caso *Brumarescu contra Rumania*, del 28 octubre 1999, párr. 76; Caso *Zwierzyński c. Polonia*, del 19 junio de 2001, párr. 69; caso *Jahn y otros c. Alemania*, 22 de enero de 2004, párr. 65; caso *Saliba contra Malta*, del 8 noviembre 2005, párr. 33.

<sup>13</sup> Cfr. STC 3569-2010-AA, fd. 4.b, caso *Agrícola Cerro Prieto*; STC 2330-2011-AA, fd. 7, caso *San Fernando Pachacamac Reusche*; STC 5220-2015-AA, votos singulares de Sardón y Ferrero, caso *Edegel* y STC 3631-2015-AA, *Municipalidad de Villa El Salvador*, fds. 34-35. También merece atención la Sentencia del Exp. 36453-2014, de la Corte Superior de Justicia de Lima que amparó el reclamo de *Sociedad Agrícola San Agustín* por expropiación de facto de una parte del terreno que actualmente es usado como parte de la Base Naval del Callao y que, sin embargo, no fue objeto de un proceso de expropiación forzosa, ni del pago del justiprecio respectivo.

<sup>14</sup> Cfr. STC 1735-2008-AA, caso *Shougang Hierro Perú*, voto del magistrado Landa Arroyo; STC 0239-2010-AA, fds. 8-12, caso *Promotora e Inmobiliaria Town House*; STC Exp. 0834-2010-AA, fds. 40-42, caso *Duke Energy Egenor*.

<sup>15</sup> Cfr. Precedente vinculante de la Resolución N° 1535-2010/SC1, fd. 12, Exp. 00037-2009/CEB, caso *Empresa de Transportes Turismo Huaral* (Velásquez, 2013, pp. 228-256).

<sup>16</sup> Cfr. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 106 y también ver arts. 55, 205 y 4ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el art. V del Código Procesal Constitucional.

<sup>17</sup> Cfr. STC 2192-2004-AA, fd. 4, caso *Gonzalo Costa Gómez y otra*. En realidad, esa coincidencia de ideas se debe a que ambos organismos hacen suya la propuesta de unidad del ius puniendo estatal, es decir, unidad de los principios del derecho penal y administrativo sancionador. En sede doctrinal, (Alarcón Sotomayor, 2014, p. 140) señala que “... no hay duda de que los delitos y las infracciones administrativas son por igual ilícitos, con la misma estructura y la misma naturaleza. Lo único que cambiaría es su gravedad, que, por cierto, puede no resultar poca cosa. Y también está claro que las penas y las sanciones administrativas son por igual castigos, su sustancia es la misma. Lo diferente es su intensidad, que puede llegar a ser muy distinta”. Tal equiparación tiene varias críticas y moderaciones de autores como Alfonso Parejo y Alejandro Nieto (Parejo, 2014, p. 8; Nieto, 2005, p. 154), sin embargo, es la posición que sigue nuestra jurisprudencia y parte de nuestras leyes. Pero vale la pena aclarar que el argumento de la unidad del ius puniendi estatal no es utilizado por la jurisprudencia para generar un tratamiento unificado entre las reglas procesales penales y administrativas sancionadoras (que son muy diferentes y no se suplen entre sí), sino para trasladar las garantías constitucionales de la sede penal a la administrativa debido al mayor desarrollo del primero. No se busca unificar procesos sino garantías frente al poder de castigo administrativo o penal del Estado.

<sup>18</sup> Cfr. STC 0019-2005-AI, fd. 37, caso *sobre la regulación de la detención domiciliaria*.

<sup>19</sup> Cfr. STC 0012-2010-PI, fds. 17-20, caso *sobre regulación de indultos y beneficios penitenciarios* y la ya citada STC 0019-2005-AI, fd. 40.

<sup>20</sup> STC 0003 y 0012-2015-AI (acumulados, fd. 8, caso *sobre la ley de simplificación de procedimientos*).

<sup>21</sup> Aquí debe tenerse cuidado en diferenciar las multas-sanciones de las multas-coercitivas, pues, aunque estas últimas supongan un castigo, su propósito central es que en virtud de ese castigo el administrado ejecute determinados actos. De hecho, el numeral 210.1 de la LPAG dispone que: “La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas”.

<sup>23</sup> En ese sentido, Morón Urbina define a las medidas correctivas como lo siguiente:

*(...) aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad afectada mediante la cancelación o reversión los efectos externos producidos” (Morón, 2010, p. 157).*

<sup>24</sup> Bien señala Sirena que:

*“La doctrina del derecho civil ha aclarado reiteradamente que la categoría de restitución no solo se distingue de la de compensación, sino que, en cierto sentido, se opone a ella... de hecho, la indemnización... tiene como objetivo eliminar la pérdida que el acto ilícito causó en los activos de quienes lo padecieron, independientemente de lo que obtuvieron quienes lo cometieron. Las acciones de restitución, por otro lado, obligan al responsable a devolver exactamente lo que obtuvo de la esfera legal-patrimonial del sujeto protegido, independientemente de la prueba de un prejuicio real y concreto de este último: su objeto, por lo tanto, no está constituido por el daño de quien los realiza, sino por el enriquecimiento de éste” (Sirena, 2009, p. 66)*

<sup>25</sup> En realidad, no es un error que comparte nuestro sistema con los franceses e italianos, pues, como indica Gallo en estos:

*(...) el daño y una la correlación entre este y el enriquecimiento son considerados requisitos necesarios para respaldar el remedio de la restitución, la prueba del daño no es un elemento para accionar en los países del Common Law y Alemania. En el primero es suficiente que el enriquecimiento se produzca a ‘expensas de otro’, es decir, al usar sus derechos, intereses protegidos, etc. sin justificación ...” (Gallo, 1992, p. 448).*

Este autor y Zimmermann coinciden en que esa exigencia de verificar enriquecimiento en uno y empobrecimiento o daño en el otro, explica por qué en Francia e Italia el enriquecimiento sin causa tiene un carácter estrictamente subsidiario y limitado, pues para activarlo debe probarse enriquecimiento, daño, correlación entre ellos y ausencia de otras vías de tutela (Zimmermann, 1995, p. 420); lo que no ocurre en Alemania e Inglaterra donde el enriquecimiento es una vía más amplia, menos subsidiaria y más alternativa.

<sup>26</sup> En Inglaterra, en el caso *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* de 1991, la Cámara de los Lores recién acogió la proscripción de enriquecimiento sin causa. Aunque autores como Birks muy pronto ya han precisado que se debería diferenciar entre enriquecimiento injusto causado por prestaciones que no correspondían y enriquecimiento ilícito generado por intromisiones en derechos ajenos (Birks, 2001, p. 1783). Mientras que Virgo señala que en realidad se busca proteger tres valores distintos, uno se relaciona con los beneficios que indebidamente recibió un sujeto por voluntad de otro, por lo que se le exige devolverlos (Virgo, 2015, p. 7); otro se vincula con los errores de uno que dan ganancias a otro y que deben ser restituidas y de errores nocivos que generan disminuciones en otro que deben ser revertidas; y, también están los casos en donde un sujeto recibe la propiedad de otro de modo que se busca la entrega específica del mismo bien único o, de no ser posible, la entrega de su equivalente económico.

<sup>27</sup> Chénéde señala que los contratos y los cuasi-contratos son instituciones que procuran una justicia conmutativa a través del reparto justo de valores entre los participantes de un intercambio (Chénéde, 2012, p. 124). Ciertamente, la figura del enriquecimiento procura realizar el interés de un sujeto que espera ver restituido lo que le pertenece.

<sup>28</sup> Siguiendo a Rawls diríamos que la EX.DO se corresponde con la justicia distributiva porque vela “*por conservar una distribución aproximadamente justa del ingreso y la riqueza en el tiempo, al afectar periódicamente las condiciones de base del mercado*” (Rawls, 1986, p. 78). Al intervenir en el mercado y eliminar la propiedad adquirida con los valores de un ilícito, se restablece la justa distribución de los bienes (cada uno tiene lo que legítimamente le corresponde) y, en lo sucesivo, aquel bien será para beneficio de la colectividad que lo administrará a través del Estado.

<sup>29</sup> En el *common law* los reclamos por enriquecimiento sin causa se encuentra regulados bajo la figura del *law of restitution*, mientras que la EX.DO o decomiso bajo el instituto del *civil forfeiture*, que constituye el antecedente más remoto del asunto que venimos estudiando. *Cfr.* Levy, 1996, p. 21.

<sup>30</sup> Casación 1408-2017-Puno, fd. 32, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

<sup>31</sup> STC 5859-2009-AA, fd. 6, caso *Lusmila Puma Quispe*.

<sup>32</sup> Sentencia C-374, del 13 de agosto de 1997. Similar idea había establecido la Corte Suprema de los EEUU, en el caso *Bennis vs. Michigan*, de 1996, aunque, debido a su tradición, estableció que se debía confiscar toda la propiedad, incluso si la copropietaria no conoció ni consintió el uso ilegal de sus bienes.

<sup>33</sup> Casación 1408-2017-Puno, fd. 18, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

<sup>34</sup> STC 0008-2003-AI, fd. 4, caso *Constitución Económica*; STC 0006-2003-AI, fd. 8, caso sobre *inmunidad parlamentaria*; STC 1417-2005-AA, fd. 11, caso *Manuel Anicama Hernández...*

<sup>35</sup> Según la STC 2192-2004-AA, fds. 15-18, caso *Gonzalo Costa Gómez y otra*, el principio de proporcionalidad es un procedimiento para evaluar la legitimidad de medidas que intervienen sobre derechos o principios constitucionales y está integrado por un examen de tres sub-principios:

1. Idoneidad o adecuación. Exige identificar un fin legítimo, y, luego, ver si la medida restrictiva es idónea para lograr tal fin. Es un análisis de causalidad, de medio-fin (STC 00045-2004-AI, fd. 38, caso *PROFA de jueces*).
2. Necesidad. Requiere establecer si hay otro medio alternativo al evaluado que también pueda alcanzar el objetivo propuesto, pero que sea más benigno con el derecho afectado. (Ídem, fd. 39). Para Prieto Sanchís, si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, se debe escoger la que cause menos perjuicios sobre los principios involucrados (Prieto, 2002, p. 108).

3. Proporcionalidad en sentido estricto. El grado de realización del objetivo propuesto con la medida en cuestión, debe ser proporcional con el grado de afectación del derecho afectado. Se debe comparar la realización del fin perseguido con la afectación sobre el derecho (STC 0048-2004-AI, fd. 65, caso de *regalías mineras*). Para Prieto Sanchís (2002: 109) debe existir cierto equilibrio entre los beneficios obtenidos con la medida limitadora y los daños que se derivan de ésta.

<sup>36</sup> Caso *USA v. 5000 Palmetto Drive* y el caso *USA vs. 3097 S.W., 111th avenue*, ambos del 11º Circuito y ambos dictados en 1991.

<sup>37</sup> Se trataba del buque Atlantis II, con un valor aproximado de US\$80 millones de dólares, de propiedad de Woods Hole Oceanographic Institution y usado para la investigación del mar. *Cfr.* (Levy, 1996, p.2).

<sup>38</sup> *Cfr.* Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.*, resuelto por la Corte Suprema en 1974. También el caso *USA vs. One 1982 28' Int'l Vessel*, del 11º Circuito, dictado en 1984.

<sup>39</sup> *Cfr.* Caso *USA vs. One 1978 Chrysler Le Baron Station Wagon vin, District Court for the Eastern District of New York, dictado en 1986*. También el caso *USA vs. One 1986 Mercedes Benz*, del 2º Circuito, dictado en 1988.

<sup>40</sup> A pesar de lo indicado, en el caso *Austin vs. USA* de 1993 la Corte Suprema de EEUU cambió su jurisprudencia (caso *Ingraham v. Wright* de 1977) sobre la Octava Enmienda vinculada al principio de proporcionalidad, para reconocer su aplicación a los *civil forfeiture* por uso ilícito de bienes, pues antes la había limitado solo para las causas penales. Por lo que ahora sus problemas tienen que ver con la determinación de lo que se considera excesivamente desproporcional, asunto que no definió la Corte Suprema y que dejó a los jueces definir en cada caso. *Cfr.* Reinhart, 1994, pp. 235-268; Pollock, 1994, pp. 457-485; Skorup, 2012, pp. 427-458.

<sup>41</sup> Calvão da Silva, señala que:

*Ilícito y daño son dos fenómenos conceptual y temporalmente distintos. El ilícito es conceptualmente más amplio que el daño: puede contener a éste, 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 éste 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* (Marinoni, 2008, p. 216).

<sup>42</sup> Al respecto, Rapisarda y Taruffo señalan que:

*(...) la culpa no asume ninguna relevancia en la regulación de la inhibitoria, por el hecho de que, estando dicha acción dirigida al futuro, queda excluida la posibilidad objetiva de valorar preventivamente los elementos subjetivos del comportamiento ilícito futuro sobre el que incide la medida de tutela inhibitoria. La ratio de la autonomía de la inhibitoria respecto a la culpa del sujeto contra el que esta es dirigida se halla, dicho sea de paso, en el carácter no sancionatorio de dicho remedio* (Rapisarda y Taruffo, 1989, p. 11).

<sup>43</sup> 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. *Cfr.* Lacruz Berdejo, 2009, p. 23; Rogel Vide, 2015, p. 76. Aunque el tribuno Gary, 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 (Gary, 1839, p. 497). 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”.

<sup>44</sup> Esa causal de extinción del usufructo para proteger al propietario es una idea compartida por los franceses Proudhon (Proudhon, 1836, p. 520) y Demolombe (Demolombe, 1870, p. 637) y también por la doctrina nacional. Por ejemplo, Maisch von Humboldt 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 (Maisch, 1982, p. 173), por lo que proponía recurrir al código civil mexicano para una tutela más drástica que, en realidad, era la fórmula romana de administración judicial a favor del propietario. Finalmente, nuestro CC adoptó la fórmula francesa que brinda una protección aún mayor y así lo comenta Arias-Schreiber 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*” (Arias-Schreiber, 2003, p. 945).

<sup>45</sup> Casación 1408-2017-Puno, fds. 16, 21 y 32, caso *Leonardo Callalli Warthon y otros*.

<sup>46</sup> En ese sentido, Gómez Tomillo y Sanz Rubiales señalan que:

*Una vez afirmada la tipicidad de un determinado comportamiento... debe verificarse para que pueda establecerse la responsabilidad del infractor, el carácter antijurídico de la conducta. Podemos entender por juicio de antijuridicidad aquél por el cual se determina si un comportamiento es o no conforme con el ordenamiento jurídico; dicho de otra forma, es la relación contradictoria entre la conducta y la norma jurídica. Un comportamiento es o no conforme a Derecho, tertium non datur. En el juicio de antijuridicidad se trata precisamente de esclarecer ese dato* (Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, 2017, p. 419).

La misma línea resalta Rebollo Puig:

*Afirmar el requisito de antijuridicidad en el Derecho Administrativo sancionador comporta que, para que haya infracción administrativa y, por tanto, posibilidad de sanción administrativa, no basta que haya una infracción subsumible en el tipo, sino que además es necesario que sea realmente contraria al ordenamiento, es decir, ilícita....* (Puig, 2010, p.120)

---

<sup>47</sup> STC 0090-2004-AA, fd. 12, caso *Juan Callegari Herazo*.

<sup>48</sup> STC 0008-2003-AI, fd. 13.d, caso *Constitución económica*.

<sup>49</sup> La figura del tercero se encuentra reconocido en la LED, en el art. II, nums. 2.1 y 24; art. III, num. 3.12; art. 3, num. 3.12; art. 31, num. 31.2; art. 33, inc. f; asimismo, en el art. 66 del Reglamento de la LED.

<sup>50</sup> Caso *USA vs. United States Coin & Currency*, de 1971.

<sup>51</sup> Caso *Calero-Toledo vs. Pearson Yacht Leasing Co.* Sin embargo, en 1996 la misma Corte Suprema resolvió los cuestionamientos que se hacían contra el *forfeiture* del vehículo de copropiedad de la señora Bennis, y que fue usado por su esposo para recoger a una persona que ejercía la prostitución ilegal, actividad que, desde luego, fue ocultada a la esposa. La Corte desestimó la causa al disponer que la propiedad no puede ser protegida cuando es usada con fines ilícitos y porque, a su juicio, el *forfeiture*, tenía una finalidad disuasiva que buscaba desincentivar el mismo tipo de conductas (caso *Bennis vs. Michigan*, de 1996). Tal decisión generó una serie de críticas y debates, de un lado, porque al tratarse de un asunto civil, los *forfeiture* no podían tener fines disuasivos, tal como ocurre con las sanciones penales, y de otro lado, avivó el debate sobre la defensa de los propietarios y terceros inocentes que, desde hacía mucho, tenían una débil protección en las regulaciones de los estados, lo que concluyó con el dictado de la Ley de Reforma de Confiscación de Activos Civiles de 2000 (CAFRA, por sus siglas en inglés).

<sup>52</sup> Cfr. Strafer 1985, pp. 845-848; Guerra, 1996, pp. 365-368; Zeldin y Weiner, 1991, pp. 846-853.

<sup>53</sup> Además de la doctrina citada, tuvieron bastante eco las críticas de Levi a la jurisprudencia lesiva de los llamados “propietarios inocentes” (Levi, 1996, pp. 161-176).

<sup>54</sup> STC 1172-2003-HC, fd. 2, caso *María Elvira Huaco Huaco*.