UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO: DEL GARANTISMO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

AUTORA

KIMBERLY DOMÉNICA MORANTE VÁSQUEZ

NOMBRE DEL TUTOR

DR. DANIEL RICARDO RUIZ CALVACHE

SAMBORONDÓN, NOVIEMBRE, 2024

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de tutor de **KIMBERLY DOMÉNICA MORANTE VÁSQUEZ** estudiante de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO

Que, una vez analizado el trabajo de titulación titulado ¨**DEL GARANTISMO AL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO**¨ presentado como requisito previo a obtener el grado de Abogado, el mismo cumple con los requisitos y méritos académicos, razón por la cual lo **APRUEBO** para su presentación.

Firmado electrónicamente por:
DANIEL RICARDO RUIZ CALVACHI

Msc. Daniel Ricardo Ruiz Calvachi

TUTOR

INFORMACIÓN DE LA AUTORA

Kimberly D. Morante-Vásquez; Bachiller de la República del Ecuador; Tecnóloga en Desarrollo Infantil Integral, matrizadora de la Notaría Sexagésima Octava del cantón Guayaquil, Universidad Espíritu Santo - Ecuador, kimberly.morante@uees.edu.ec. Facultad de Derecho Edificio P, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón.

DEDICATORIA

A Dios en su tiempo y no en el mío, por todos estos años que ha estado dándome fortaleza en las adversidades que se presentaron en el camino, con la fe intacta en cada prueba para llegar firme hasta aquí y al fin lograrlo.

A mis queridos padres C.Morante y F.Vásquez, por guiarme por el buen camino, son mi inspiración, lo hicieron bien no pudo salir mejor estos son los resultados valió la pena lo logramos, es mi ofrenda por todo el esfuerzo de ustedes año tras año, gracias por los valores, confiar en mí y motivarme a seguir adelante no desistir, haberme apoyado incondicionalmente; gracias a ustedes estoy aquí dando mi último paso en otra carrera profesional.

A mi hija por nacer, por ti este es solo el comienzo de muchos logros y éxitos más que te doy de legado, siempre luchar por las metas que nos proponemos, aunque te caigas y parezca el final se vuelve a levantar, no rendirse hasta que lo logres.

Al padre de mi hija que Dios lo puso en mi vida con un noble propósito.

A mis queridos padrinos y madrinas por su gran amor por mí en especial en los momentos más difíciles permanecer.

A cada familiar y amigo que llego a mi vida y me deja un aprendizaje.

A mis maestros, por la enseñanza brindada en el transcurso de mi formación académica.

A los profesionales en Derecho, que son solidarios en compartir sus conocimientos, a ellos un profundo agradecimiento y admiración.

Si Dios puso un sueño en tu corazón, ya es tuyo, porque también tiene un plan para hacerlo realidad.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad verificar si existe vulneración a derechos constitucionales de las personas identificadas por el Consejo de Seguridad Pública y del Estado como miembros de grupos de delincuencia organizada, nacional o transnacional; organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes, al momento de ejercer la acción de extinción de dominio, lo que se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Extinción de Dominio. Luego del análisis realizado se determina que en efecto, hay derechos garantizados internacional y constitucionalmente como el debido proceso, en especial, la presunción de inocencia y otros como la propiedad, que pueden verse afectados si se inician acciones de extinción de dominio sin el debido proceso para determinar si se forma parte de los miembros de los grupos mencionados y que eso no sólo sería retroceder hacia una teoría delictual poco o nada garantista, como lo es el Derecho Penal del Enemigo sino también atentar gravemente contra las garantías constitucionales, por lo que se requiere inaplicable la norma por inconstitucional.

Palabras claves: derecho penal del enemigo; acción de extinción de dominio; delincuencia organizada nacional y transnacional; terrorismo; actores estatales no beligerantes; garantismo constitucional.

ABSTRACT

The purpose of this work is to verify if there is a violation of the constitutional rights of people identified by the Public Security Council and the State as members of organized crime groups, national or transnational; terrorist organizations and belligerent non-state actors, when exercising the action of domain forfeiture, which is established in the Organic Law of Domain Forfeiture. After the analysis carried out, it is determined that in fact, there are internationally and constitutionally guaranteed rights such as due process, especially the presumption of innocence and others such as property, which may be affected if asset forfeiture actions are initiated without due process. to determine if one is part of the members of the aforementioned groups and that this would not only be going backwards towards a criminal theory with little or no guarantee, such as the Criminal Law of the Enemy, but also seriously violating constitutional guarantees, therefore that it is necessary to immediately disapply the rule as unconstitutional.

Keywords: criminal law of the enemy; domain forfeiture action; national and transnational organized crime; terrorism; non-belligerent state actors; constitutional guarantee.

Introducción

El objetivo de este trabajo es comprobar que existe vulneración a los derechos al debido proceso y de la propiedad de las personas identificadas por el Consejo de Seguridad Pública y del Estado como miembros de grupos de delincuencia organizada, nacional o transnacional; organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes, al momento de ejercer la acción de extinción de dominio, lo que también constituye un retorno al Derecho Penal del Enemigo.

Para ello, se establecerán los conceptos del Derecho Penal del Enemigo, características, constitucionalismo, garantismo penal, derechos y principios del debido proceso y propiedad establecidos en la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal para luego establecer qué son los grupos de delincuencia organizada, nacional o transnacional; organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes, y aterrizar en el análisis de la excepción establecida para el inicio de la acción de extinción de dominio de los bienes de las personas antes descritas.

En el Ecuador, en los últimos años, han proliferado los grupos de delincuencia organizada. Según el Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal de México, Guayaquil, ciudad importantísima por su población y actividad económica, al día de hoy, ocupa el vigésimo cuarto puesto en peligrosidad a nivel mundial. La corrupción ha acrecentado, la criminalidad organizada no se puede discutir[1].

En el caso que se estudia, existe una Ley Orgánica de Extinción de Dominio que exime de la exigencia de que haya sentencia ejecutoria para ejercer la extinción de

[1] CÁRDENAS Villacrés, Santiago Elías, et al. La evolución y consecuencias de la delincuencia organizada y el narcotráfico en el Ecuador. *Ciencia y Educación*, 2023, vol. 4, no 8, p. 18-48.

dominio de los bienes de personas declaradas exclusivamente por un órgano del Ejecutivo como miembros de un grupo de delincuencia organizada, y demás; hace reflexionar sobre si esto constituye o no, una violación a la presunción de inocencia, queriendo introducir el Derecho Penal del enemigo y volver, al menos en esa parte, a un sistema inquisitivo.

1. El derecho penal del enemigo

1.1. Concepto

Jakobs[2] hace referencia a dos tipos de Derecho Penal, el primero, del ciudadano, y el segundo, del enemigo, dividiendo dos lados distintos en un solo contexto de carácter jurídico y penal. Es así que, mientras en el Derecho Penal del ciudadano, se trata a las personas como tales, mientras que, en el del enemigo, como una fuente de peligro o amenaza. Para el autor, la sanción es para coaccionar, pero no todo delincuente es un adversario, sino quien va contra la prohibición de la norma.

En el Derecho penal del enemigo, afirma Jakobs, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo y se lo excluye para que los ciudadanos puedan tener su derecho a la seguridad[3].

Camere considera que la teoría del derecho penal del enemigo se convierte en una batalla entre el ordenamiento jurídico e individuos calificados como peligrosos, que se alejan de ser ciudadanos, sino que más bien lo amenaza. Jakobs, citado por el autor prenombrado Camere, expone que algunos tipos penales tienen características

[2] JAKOBS y CANCIO Mekía, Derecho penal del enemigo, pp.1 a 101

[3] JAKOBS y CANCIO Mekía, Derecho penal del enemigo.

sui generis, como "el adelantamiento de las barreras de punibilidad", la "penalidad elevada"o "la reducción de garantías[4]".

Es así como Paz-Mahecha, citado por Carvallo, concluye que aquellos individuos peligrosos "deben ser considerados como no personas[5]". Considerando lo anterior, se puede colegir que, a través de la teoría del derecho penal del enemigo, se divide a los autores de los delitos de mayor peligrosidad, dándoles un tratamiento distinto, a fin de eliminar la inseguridad que éste genera, es por ello que se convierte en un enemigo del Estado y se busca eliminarlo.

1.2. Características de Derecho Penal del enemigo

Según el autor ya referido, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: El primero se constata cuando hay un extenso adelanto de la punibilidad, por tanto, al ordenamiento le preocupa el al hecho futuro, en lugar del hecho cometido. La segunda característica es que las penas son altas y desproporcionadas, además de que no se tiene en cuenta la anticipación de ella para reducirlas. Como tercero, en el Derecho Penal del Enemigo, algunas garantías procesales son reducidas o incluso suprimidas.

A través del Derecho Penal del Enemigo se pretende hacer secciones de los grupos poblacionales, poniendo a unas personas del lado de la sociedad común y calificando a otras como de alta peligrosidad, quienes se vuelven enemigas del

[4] CAMERE FIGUEROA Elian Mauricio, Aportes del garantismo penal en términos de tendencias contemporáneas punitivistas, Revista Diversidad Científica, Vol. 3, Nro. 1, año 2023

[5] CARVALLO ESTIGARRIBIA, Rossana Diana Raquel, Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos. Revista Jurídica: Investigación en ciencias jurídicas y sociales, Vol. 12, Nro. 2, año 2022

Estado, y como consecuencia de ello, hay que separarlas totalmente de la comunidad, sancionarlas de manera anticipada y precautelar así mantener el orden social.

1.3. Diferencia entre el Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo

Señala el autor prenombrado que la diferencia estructural entre el Derecho Penal y el Derecho Penal del enemigo, es que este último "no estabiliza normas (prevención general positiva)", sino que "demoniza determinados grupos de infractores". Esto quiere decir que "Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor".

Según el autor ya referido, el Derecho Penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: El primero se constata cuando hay un extenso adelanto de la punibilidad, por tanto al ordenamiento le preocupa el al hecho futuro, en lugar del hecho cometido[6]. Esto supone, según Molina y Pedrollo, también citados por Carvallo, la aplicación del ejercicio del poder punitivo cuando aún no se ha afectado al bien jurídico protegido por el Derecho Penal. De esta manera, se incluyen acciones que atañen al derecho privado. Aquí lo que se condena es la conducta planeada, y el peligro de los futuros daños que ésta traería como consecuencia, es decir, se toma al Derecho Penal en perspectiva, no en retrospectiva[7].

La segunda característica es que las penas son altas y desproporcionadas, ya que consiste una lesión grave a la seguridad pública, puesto que, a estos seres humanos considerados peligrosos, no se los podría disuadir de no cometer el crimen. Por lo

[6] JAKOBS y CANCIO Mekía, Derecho penal del enemigo.

[7] CARVALLO ESTIGARRIBIA, Rossana Diana Raquel, Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos.

tanto, la pena previene el mantenimiento de la seguridad[8]. Además de lo anterior, no se tiene en cuenta la anticipación de ella para reducirlas, es decir, sea que se cometa o no el ilícito, se impone la misma sanción. Se consideran agravantes la pertenencia del autor a una organización, esto es señalado por Gracia y Leiva, mencionados por Carvallo en su artículo de revisión mencionado[9].

Para finalizar, en el Derecho Penal del Enemigo, algunas garantías procesales son reducidas o incluso suprimidas[10]. En esta parte de la teoría del derecho penal del enemigo, Gracia (referenciado por Carvallo) se cuestiona la presunción de inocencia, la legitimidad y licitud de la prueba no es mayormente exigible, las investigaciones se pueden volver clandestinas o secretaras, la carga de la prueba se invierte, se hacen más largos los plazos de detención para flagrancias, fines de investigación y hasta de prisión preventiva[11].

Explicado dogmáticamente, dejar en claro la diferencia del rol del Estado frente al individuo que realiza actos de forma incidental, es decir, sin ánimo de pretender afectar a la sociedad, consecuentemente sería castigado por el incumplimiento de la norma penal, y luego se lo reinsertaría a la comunidad, mientras que por su parte, frente a delincuentes que sí tienen por finalidad causar un daño grave a la sociedad, no sólo se lo castigaría sino que también se lo aislaría por ser peligroso y enemigo.

[8] JAKOBS y CANCIO Mekía, Derecho penal del enemigo.

[9] CARVALLO ESTIGARRIBIA, Rossana Diana Raquel, Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos.

[10] JAKOBS y CANCIO Mekía, Derecho penal del enemigo.

[11] CARVALLO ESTIGARRIBIA, Rossana Diana Raquel, Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos.

Es por esta diferenciación que se castiga de diferente forma, el enemigo tendrá penas muy graves, mientras que a la ciudadanía, no[12].

2. Garantismo

2.1. Consideraciones previas y concepto

Señala Ferrajoli[13] que actualmente las constituciones han incorporado principios y valores que atañen a la dignidad humana, como la igualdad, libertad, la representación jurídica, entre otros derechos sociales, que se vuelven normas supremas del derecho mismo. Es así que a través de las máximas constitucionales se elabora un sistema de garantías que confiere la efectividad de los principios de justicia establecidos en la Constitución.

Indica el antes nombrado autor: "De este modo, se presenta un cambio profundo y singular de la naturaleza y el papel de la ciencia jurídica[14]". A través del garantismo, basado en los principios que dictan las constituciones de los Estados, se impone a la Ley que haga cumplir con ellos, siendo obligación de los órganos jurisdiccionales comprobar si se violó alguno de dichos principios y por tanto, imponer su reparación.

2.2. Garantismo Penal

[12] ROMERO RECALDE, Manuel Alejandro, *et. al.* Derecho Penal del Enemigo Vs Derecho Penal del Ciudadano en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, *Dominio de las Ciencias*, Vol. 3, Nro. 1, año 2023

[13] FERRAJOLI, Luigi. *La construcción de la democracia: Teoría del garantismo constitucional*, 2023.

[14] FERRAJOLI, Luigi. *La construcción de la democracia: Teoría del garantismo constitucional.*

El garantismo penal, según España[15] exige que la intervención de esta rama del derecho sea mínima, por ello, las garantías penales buscan disminuir al máximo el tener que usar el carácter punitivo del Estado, siendo los jueces y los tribunales los únicos competentes para revisar y ejercer el derecho punitivo indicado. Si bien es cierto, el derecho penal goza del ius puniendi, a través del cual sanciona las conductas penalmente relevantes, y a su vez, protege lo bienes jurídicos que tutela el Derecho Penal, es menester tener claro que también existen ciertas garantías establecidas constitucionalmente en tratados y convenios internacionales de derechos humanos, y que deben ser aplicadas en todas las etapas del proceso penal, como es la presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

2.3. El garantismo en el Ecuador

En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador[16] garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, misma que debe gozar de imparcialidad, sujetándose a los principios de inmediación y celeridad procesal. Prohíbe la indefensión.

El artículo 76 de la misma norma asegura el debido proceso a todas las causas en las que se determinen obligaciones o derechos de cualquier naturaleza, enumerando una a una estas garantías, siendo las que atañen a esta investigación, la siguientes:

[15] ESPAÑA VIDAL Aportes del garantismo penal en términos de tendencias contemporáneas punitivistas, Revista Diversidad Científica, Vol. 3, Nro. 1, año 2023

[16] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008.

"1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

El número 7 ibídem señala el derecho de las personas a la defensa del cual nadie debe ser privado en ninguna etapa o grado del procedimiento[17].

Sobre el derecho a la defensa, la Corte Constitucional sostiene que es la real posibilidad de poder esgrimir los argumentos necesarios a favor de sus derechos, configurándose éste en derecho subjetivo de las partes procesales, y una parte fundamental del proceso[18].

En el debido proceso se encuentra el derecho a la presunción de inocencia, al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ratificada por el Ecuador, señala en su artículo 8 todas las garantías judiciales de los seres humanos, dentro de las cuales se encuentra en el número 2, la importancia de que a quien se le atribuya un delito tenga el derecho a la presunción de inocencia, mientras legalmente no se demuestre lo contrario, es decir, hasta que haya una sentencia en firme que lo condene[19].

---

[17] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008

[18] Sentencia de la Corte Constitucional, 11 de marzo de 2020 (1880-14-EP/20, ponente: Teresa Nuques Martínez)

[19] Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978, URL

Todo lo anterior se sustenta en la norma contemplada en el artículo 4 del Código Orgánico Integral Penal que señala que "Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales". Es decir que a todos los sujetos procesales de los juicios penales deben ser tratados sobre la base de los derechos humanos, siempre.

La Corte Constitucional ecuatoriana indica que esta presunción constituye un "derecho fundamental para diferenciar un sistema inquisitivo de uno acusatorio"[20]. En el primero de los mencionados, según explica, la presunción de culpabilidad es la que rige, mientras en el segundo, esto es, el sistema acusatorio adversarial, que es el que al momento rige en Ecuador, prima la inocencia. El principio de inocencia, parte del sistema acusatorio, ayuda que el Estado no haga uso autoritario ni arbitrario de su poder sancionador, pues, como explica la sentencia antes mencionada, "a lo largo de la historia ha producido graves y reiteradas violaciones a los derechos humanos"[21].

Álava es claro al culminar con su análisis, al indicar que, entre otros "establecer legislativamente un tipo penal que presuma la culpabilidad", es una violación al derecho a presumirse la inocencia, y por tanto, a la Constitución.

3. La delincuencia organizada

3.1. Conceptos

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf, consultado 8/12/2024

[20] Sentencia de la Corte Constitucional, 14 de mayo de 2019 (14-15-CN/19, ponente: Ramiro Avila Santamaría)

[21] Sentencia de la Corte Constitucional, 14 de mayo de 2019.

La Organización de las Naciones Unidas, en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional que se llevó a cabo en Nueva York el 15 de noviembre del 2000 en su artículo 2, parte A, indica "por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado por tres o más personas que exista por más de cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material"[22].

Cárdenas, Pita, Chavarrea y Cárdenas[23] definen la delincuencia organizada como "cualquier grupo de personas que se organizan de manera concertada, con roles y jerarquías definidas, y cuyo propósito principal es obtener beneficios económicos o materiales a través de la comisión de actividades delictivas".

3.2. Delincuencia organizada transnacional

Alison Jamieson, citada por Bermejo[24] propone un modelo evolutivo del crimen organizado en el que destaca características como que grupos de una etnia específica operan en distintos países; además indica que las migraciones masivas

[22] Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000., URL: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf, consultado 6/12/2024

[23] CÁRDENAS Villacrés, Santiago Elías, et al. La evolución y consecuencias de la delincuencia organizada y el narcotráfico en el Ecuador. *Ciencia y Educación*, 2023, vol. 4, no 8, p. 18-48.

[24] BERMEJO MARCOS, Fernando. La globalización del crimen organizado. 2009. *EGUZKILORE*, Nro. 23, 2009, p. 99-115

suscitadas desde el siglo XX hacia países centrales y desde países periféricos ha permitido que se dispersen grupos de varias nacionalidades en una algunos lugares del plante, lo que sirve de ayuda a que hayan células de bandas entre ellas. Surge allí la colaboración entre el que vende y el que compra, como pasa, por ejemplo, en el tráfico de drogas entre italianos y colombianos o mexicanos y turcos, que se reúnen en territorios neutrales para acordar sus negocios. Todo esto termina produciendo la globalización del crimen organizado, pues los grupos se reparten las áreas donde determinan acuerdos estables.

3.3. Terrorismo

En el Informe Nro. 32 de la Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala que "por terrorismo se entienden comúnmente actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos"[25]. Éste incluye los actos delictivos que han sido planeados políticamente para provocar terror, sea en el pueblo, en un grupo de personas o en personas específicas. Sin importar que sean para fines políticos, ideológicos, filosóficos, étnicos o de cualquier otra índole. El terrorismo busca destruir derechos humanos, en especial la vida, la integridad física y la libertad, es decir, los más fundamentales.

Esta es la diferencia entre el terrorismo y la delincuencia organizada, que el primero, sea cual sea su fin, buscar causar ese pavor social, mientras que el segundo tiene

[25] Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el Terrorismo, folleto informativo Nro. 32, 2008. URL https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf consultado: 13/12/2024

más fines económicos, y si bien puede tener como consecuencia que la comunidad se aterre, no es la finalidad última de dichos grupos.

3.4. Actores estatales no beligerantes y la situación del Ecuador

Como explica Párraga, el grupo no estatal beligerante es el contendiente que no pertenece directamente a una entidad del Estado, pero conserva una disputa colectiva y mantiene una organización liderada que actúa en guerras contemporáneas. Lo que los caracteriza es el uso de la violencia para lograr sus fines[26]. Cuando se habla de sus fines, la tendencia es convertirse en ejército que toma las armas de manera ilegal para combatir un régimen estatal o sistema político y conseguir dar de baja a un gobierno de manera no democrática.

En Ecuador, las organizaciones delictivas se dieron a notar mucho más en los últimos años, igual que los grupos delictivos tienen organización, liderazgo y nombre propio, aún se sigue discutiendo en el país si el declarar a los delincuentes organizados como actores estatales no beligerantes es correcto, pues, como lo indican los autores precitados, se requiere un tinte político[27].

4. Extinción de Dominio sobre los bienes de propiedad de miembros de grupos de delincuencia organizada nacional o transnacional; organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes.

4.1. Antecedentes de la Extinción de Dominio

[26] PÁRRAGA MACÍAS, Vielka Marisol. El conflicto armado en Ecuador desde la esfera constitucional. *Revista San Gregorio*, 2024, Vol. 1, Nro. Especial 1, p. 133-141.

[27] PÁRRAGA MACÍAS, Vielka Marisol. El conflicto armado en Ecuador desde la esfera constitucional.

Cassanello[28] explica que la Extinción de Dominio tiene origen en la acción de decomiso de bienes civiles o 'civil asset forfeiture' que consta en la norma de Estados Unidos de América. Curiosamente lo que se toma en cuenta con esta figura es la culpabilidad del bien, sumado a su negligencia al permitir el mal uso de su propiedad. Al inicio, esta acción recaía sobre muebles, pero luego se hizo extensiva para los inmuebles.

Afirma también que la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo de 2000 son instrumentos internacionales de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y lucha contra la delincuencia organizada transnacional. La primera se centró en combatir el poder económico que empezaron a tener las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de las sustancias antedichas, de lo que devino la tipificación del delito de lavado de activos para bloquear, secuestrar y confiscar las ganancias directas e indirectas de este ilícito. La Convención de Palermo, por su parte, logró estructurar la figura del decomiso de bienes relacionados con las actividades ilícitas, así como los que fueron usados para perpetrar los delitos.

Es así que Colombia. manifiesta el autor prenombrado reconoce una especie de decomiso sin condena al que denominó "extinción de dominio", dando ejemplo para que otros países adopten también esta nueva institución para aunar en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción. Posteriormente, México realizó una reforma constitucional en el 2008 para poder luego promulgar normas secundarias.

---

[28] CASANELLO FOGHINI, Nino. Extinción de dominio: orígenes e incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. *Juees*, Nro. 3, 2022, p. 141–150.

Añade Cassanello que en los años 2010 y 2011 la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) elaboró un modelo de Ley de Extinción de Dominio para varios países de la región, lo que provocó que países como El Salvador, Honduras, Guatemala, Bolivia, Perú, Ecuador y Argentina aprueben leyes de esta materia.

Cassanello continúa su exposición señalando que esta Ley tiene tres ejes fundamentales: perseguir los bienes sin perjuicio de quien mantenga su titularidad; ser autónomas, al no estar sometida al requerimiento de prejudicialidad, o sea, sentencia condenatoria previa; y además ser de carácter jurisdiccional, esto es, que se conozcan por órganos jurisdiccionales y no administrativos. Es en este último punto donde falla la Ley Orgánica de Extinción de dominio ecuatoriana en la excepción establecida en el artículo 4.1, letra a), pues da la potestad al Consejo de Seguridad Pública y del Estado a señalar, sin lugar a dudas según la redacción del mencionado artículo, quiénes forman parte de los grupos de delincuencia organizada nacional o transnacional, organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes. Cabe destacar que la Ley tiene un procedimiento judicial de carácter penal para ejercer la acción, que implica una investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado a través de la Unidad Especializada de extinción de Dominio, dividida en dos etapas, una para indagar sobre la existencia de bienes y otra patrimonial y preprocesal, para finalizar en el etapa judicial, a cargo de un Juez competente; siendo por tanto, órganos pertenecientes a la función judicial los que manejen estas causas que revisten de importancia, pues se pretende mermar el crimen organizado, mas no puede ser esto un pretexto para violar derechos ni extralimitarse en competencias.

En el informe de evaluación Mutua de Colombia[29], tiene legislación que permite a las autoridades competentes la identificación, rastreo y evaluación de bienes sujetos a decomiso, refiere a la búsqueda de base de datos o designar facultades específicas, con el propósito de adoptar medidas provisionales y garantizar la extinción de dominio. La Resolución regulatoria 247/2013, creó la «Unidad de Cooperación Nacional e Internacional para la Prevención, Investigación y Decomiso de Activos». Esta Unidad opera bajo los auspicios del CGR y tiene la función de elaborar políticas, planes y programas para rastrear y recuperar activos a nivel internacional, como así también participar de las redes de recuperación de activos internacionales y de recibir solicitudes de cooperación internacional de conformidad con la UNCAC, entre otras.

El informe de Evaluación Mutua de la República del Ecuador[30] realizado por el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, en enero de 2023 ha señalado como positivo que Ecuador cuenta con una legislación que priva a los criminales a beneficiarse de los productos del delito y de la tenencia de los instrumentos usados para cometerlo: uno es el el comiso penal, como medida accesoria a la condena y la otra y que forma parte de este trabajo, la acción de extinción de dominio, ratificando el criterio de Cassanello en que es una acción patrimonial autónoma procedente en circunstancias específicas.

---

[29] Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, FMI GAFILAT, Informe de Evaluación Mutua de la República de Colombia, 2018, URL: https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/IEM-Colombia-4taRonda.pdf

[30] Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, FMI GAFILAT, Informe de Evaluación Mutua de la República del Ecuador, 2018, URL: https://biblioteca.gafilat.org/?p=6280

4.2. La Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador

De acuerdo al Suplemento del Registro Oficial Nro. 599 del 12 de julio de 2024, se reformó La Ley Orgánica de Extinción de Dominio, misma que, como se explicó anteriormente regula los casos y el procedimiento para la extinción de dominio de aquellos bienes que tengan un origen injustificado o un origen o destino ilícito para que opere la transferencia de la propiedad al Estado.

La ley indicada define a la extinción de dominio como la "declaración de titularidad a favor del Estado mediante sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación ni compensación alguna que se aplica a los bienes a los que se refiere esta Ley"[31].

Aquí ya se puede notar un problema, hay otros modos de extinguir el dominio según el Derecho Civil, como por ejemplo, la prescripción o la nulidad pero esta Ley pareciera que limita la llamada extinción de dominio a esta sola acepción.

La Ley también señala que se dirigirá contra los bienes y no contra las personas, pero, sin perjuicio de quién sea la persona, ésta es la dueña de los bienes, entonces, se trata de una afectación al Derecho de Propiedad que la Constitución ampara en el artículo 321 de la Constitución de la República del Ecuador.

Es importante recordar que el Estado ecuatoriano prohíbe toda forma de confiscación en el artículo 323, última parte de la Constitución[32].

[31] Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Suplemento del Registro Oficial Nro. 599 del 12 de julio de 2024.

[32] Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008.

La confiscación, según la Corte Suprema de Colombia, citada por Valero, es cuando el Estado, con un tinte político y sin mediar compensación alguna, se apodera de todos o una gran parte de los bienes de una persona[33].

El artículo 4.1 de la Ley mentada indica que para iniciar la acción de extinción de dominio debe haber, como requisito sine qua non, una sentencia ejecutoriada condenatoria, pero señala algunas excepciones, siendo la contenida en la letra a) el objeto de este estudio, y es el caso en que los bienes sean de propiedad de "uno o varios miembros de grupos de delincuencia organizada nacional o transnacional, organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes".

La norma indica que el Consejo de Seguridad Pública y del Estado (un órgano del Ejecutivo para situaciones de emergencia), es el encargado de identificar al miembro o a los miembros del grupo de delincuencia organizada nacional o transnacional, de la organización terrorista o del grupo de actores no estatales beligerantes. Lo hará a través de una resolución motivada.

Así mismo, estos miembros pueden ser los que estén descritos en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas u otro instrumento internacional que haya sido ratificado por el país. Aquí se puede realizar otra reflexión: la delincuencia organizada y sus derivaciones son un tema de carácter penal, sin embargo, es un órgano del Ejecutivo o internacional quien identifica al miembro del grupo y procede la extinción de dominio de los bienes, como si se tratara de un tema perteneciente al derecho administrativo.

---

[33] VALERO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. *Revista Vía Iuris*, 2009, no 6, p. 71-89.

La extinción del dominio, explica Valero, es una acción jurisdiccional mediante la cual el Estado realiza varias actuaciones para demostrar que los bienes han sido producto del ilícito, "a efectos de que su titular pierda el derecho de dominio a favor suyo, sin recibir compensación ni contraprestación alguna"[34].

Pese a lo expuesto, la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Ecuador permite que se inicie la extinción del dominio de bienes de personas que han sido identificados como miembros de delincuencia organizada nacional o transnacional, de la organización terrorista o del grupo de actores no estatales beligerantes por parte del Consejo sin siquiera existir un proceso previo claro y establecido para que el Consejo determine que alguien es un miembro de estos grupos, por lo tanto, un delincuente, ya que no se debe olvidar que la presunción de inocencia es un derecho constitucional a la defensa.

El Estado quiere evitar que mientras dure el proceso se dé "apertura a que el acusado pueda desaparecer los activos ilícitos, trasladándolos a terceras personas de confianza que no guardan vínculo alguno con el procesado o remitiendo estos activos a paraísos fiscales"[35].

Es el caso que, de los bienes producto de actividades ilícitas de miembros identificados, basta una resolución de un Consejo del Ejecutivo para el inicio de la acción, olvidándose el legislador de las problemáticas que conlleva que un ente

[34] VALERO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. *Revista Vía Iuris*, 2009, no 6, p. 71-89.

[35] ALBUJA-QUINTANA, Rodrigo Alejandro. Análisis jurídico de la aplicabilidad de la Ley Orgànica de Extinción de Dominio en Ecuador desde el ámbito penal. *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, 2022, vol. 3, Nro. 4, p. 42-51.

administrativo goce de tal magnitud de facultades. La herramienta se convierte en un mecanismo efectivo contra el crimen organizado y la corrupción, pero, como bien dice Cassanello, la misma "debe ser administrada con pinzas en sociedades tan desiguales y complejas como las latinoamericanas"[36].

Conclusiones

La Constitución de la República del Ecuador señala que el país es un estado de derechos, y dentro de esos derechos, están los derechos de los intervinientes de un proceso penal con igualdad de condiciones, inclusive el procesado. Esto supone la eliminación de cualquier teoría tal como está efectuada en este momento pareciera que el derecho penal del enemigo pone a personas con procesos penales en marcha como enemigos de la sociedad, es decir, quedaron ya superadas y eliminadas con la ola constitucionalista desde el año 2008.

Dentro del Derecho Penal del enemigo, se hace una división del llamado delincuente común con el de mucha peligrosidad, llamado enemigo del Estado, procurando un adelanto de la punibilidad, ya que se preocupa de los hechos que pueden suceder más allá del cometido que también es penado con muchísima gravedad y desproporcionadamente, reduciendo y hasta suprimiendo algunas garantías procesales.

Con la llegada del garantismo, se reafirma la consigna de que el Derecho Penal sea de mínima intervención, es decir, que se aplique únicamente cuando los otros mecanismos externos del Derecho Penal no sean suficientes para la restauración de cualquier desorden social. Además de lo anterior, el garantismo supone que la

[36] CASANELLO FOGHINI, Nino. Extinción de dominio: orígenes e incorporación a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Administración Pública y la Función Judicial vele por la aplicación de todos los derechos reconocidos en la Constitución, dentro de los cuales está el debido proceso, en la garantía de la presunción de inocencia y el derecho a la propiedad, siempre que se cumpla con su función social.

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio establece los requisitos para ejercer la acción de extinción de dominio en caso de haberse cometido delitos, y determina como regla general que para el inicio de dicha acción, se necesita la existencia de una sentencia condenatoria en firme, pero establece excepciones, dentro de las cuales está la cuando se trate de bienes de personas identificadas por el Consejo de Seguridad Pública y del Estado como miembros de los grupos detallados en el párrafo anterior, lo que es constitucionalmente inconcebible, pues se va en contra de los derechos universales, recogidos por la Constitución de la República del Ecuador al debido proceso en la garantía de presumir la inocencia de toda persona, así como el derecho de propiedad, convirtiéndose en una especie de confiscación, pues el dar facultades a un órgano administrativo del poder ejecutivo denominado Consejo de Seguridad Pública y del Estado para nombrar o identificar a personas determinadas como miembros del grupos de delincuencia organizada, terrorismo o actos estatales no beligerantes, se cataloga a una persona como peligrosa y delincuente sin un juicio justo. El Estado, entonces, con una simple resolución motivada de un Consejo puede iniciar la acción de extinción de dominio para tomar bienes ajenos y ponerlos a su nombre.

Más bien debe haber un realce por parte del estado para igualar las condiciones, establecer parámetros correspondientes, estrictos y con mano fuerte que confluyan las funciones específicas y competentes en cooperación de instituciones que sean

de aporte para lograr tal efecto que busca esta ley; No puede haber una regresión de derechos y menos aún, volver a las teorías del derecho penal del enemigo. No se trata de solapar actos terribles que la delincuencia organizada, nacional o transnacional, ni actores no estatales beligerantes ni menos terroristas, porque las consecuencias de los mismos son realmente devastadoras, pero esto podría dar pie a que se hagan persecuciones políticas para que un solo órgano el Consejo de Seguridad, al mando del Ejecutivo, identifique a una persona adversa al Gobierno como parte de estos grupos y se inicie la acción de extinción de sus bienes, porque como ya se ha dejado expuesto, estos grupos, lastimosamente, suelen ser financiados por personas de poder, y los delitos que cometen van de la mano con la corrupción. No se puede dejar de pensar en las garantías constitucionales de las personas, ni de la importancia del derecho a que se presuma la inocencia de éstas, por ello, se considera que la excepción de que haya sentencia condenatoria ejecutoriada para iniciar la acción de extinción de dominio en este tipo de delitos siempre que haya una resolución motivada del Consejo de Seguridad Pública y del Estado, es una vulneración de derechos constitucionales, en específico, el debido proceso en la garantía de presunción de inocencia y a la propiedad y un retroceso para el derecho penal. Por ello, se debería tomar en cuenta que un Consejo de Seguridad Pública y del Estado, como ente administrativo, que si bien es cierto, al momento actual constituye un órgano necesario para reforzar la seguridad del Ecuador y aminorar la proliferación de crímenes, no puede ser omnipotente y atribuírsele de forma exclusiva la responsabilidad al momento de decidir ejercer una acción penal que le corresponde a la Fiscalía, como perseguidora de los delitos que se cometen en el país, ni tampoco tomarse competencias que le corresponden

al poder judicial, como el declarar a personas como miembros de uno de estos grupos.

El Consejo indicado sí debe hacer uso de sus facultades y fortalecerse, luego de la investigación correspondiente que debería realizarse de acuerdo con un protocolo de actuaciones mínimas a seguir, esto con apoyo directo de intervención de la UAFE, SRI, procuraduría general del estado entre otros que coadyuden al mismo, para concluir que cierta persona podría pertenecer a uno de esos grupos, pero antes de iniciar la acción, se debería remitir dicho informe o resolución a un ente ajeno al Ejecutivo, para que dé soporte y estudie lo determinado por el Consejo.

Se considera que este ente debe ser la Fiscalía General del Estado, como ente perseguidor del delito de un Estado garantista y que tiene un sistema acusatorio adversarial, a través de su Unidad Especializada de Extinción de Dominio, a fin de que uno de sus agentes especializados, previo a iniciar la primera fase de la investigación, esto es: la de indagación y verificación de existencia de bienes, realice una minuciosa revisión e investigación sin dejar de ser rápida para determinar que en efecto, hay claros indicios de que las personas que ha señalado el Consejo, pueden pertenecer a uno de estos grupos tan mencionados a lo largo de esta investigación, fase que por supuesto, no debería durar más allá de 20 días para que se inicie la siguiente fase de las contempladas en la Ley estudiada. Cabe destacar que dentro del inicio de la acción de extinción de dominio la Fiscalía puede solicitar las medidas cautelares señaladas en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio (Prohibición de enajenar, transferir, convertir o mover; retención; incautación; inmovilización; secuestro; clausura provisional de locales o establecimientos; suspensión temporal de actividades de la persona jurídica;

intervención por parte del ente público de control competente); y cualquier otra medida provisional que permita suspender o limitar temporalmente el derecho de propiedad hasta verificar que en efecto, los bienes son producto de actividades ilícitas provenientes de grupos de delincuencia organizada nacional o transnacional; organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes. Allí, sin vulnerar la presunción de inocencia ni el derecho a la propiedad, se encontraría una salida más justa y más garantista derechos constitucionales, sin tener que recurrir a doctrinas obsoletas como la del Derecho Penal del Enemigo.

Propuesta

Se propone una reforma al artículo 4.1, letra a) de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio:

Art. 4.1.- Excepciones.- (Agregado por la Disp. Reformatoria Primera, num. 5 de la Ley s/n, R.O. 496-2S, 9-II-2024).- Para el inicio de la acción de extinción de dominio se requerirá de una sentencia condenatoria ejecutoriada previa, con excepción de los siguientes casos:
a. Cuando los bienes objeto de extinción de dominio sean de propiedad de uno o varios presuntos miembros de grupos de delincuencia organizada nacional o transnacional, organizaciones terroristas y actores no estatales beligerantes, de acuerdo a la investigación realizada por la Fiscalía General del Estado, luego de que se le haya remitido la resolución motivada del Consejo de Seguridad Pública y del Estado y sus soportes, o las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o en cualquier otro instrumento internacional ratificado por el Ecuador.

REFERENCIAS

1. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre de 2008.
2. Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978, URL https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf, consultado 8/12/2024.
3. Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000., URL: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf, consultado 6/12/2024.
4. Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero 2014.
5. Ley Orgánica de Extinción de Dominio, Suplemento del Registro Oficial Nro. 599 del 12 de julio de 2024.
6. Sentencia de la Corte Constitucional, 11 de marzo de 2020 (1880-14-EP/20, ponente: Teresa Nuques Martínez).
7. Sentencia de la Corte Constitucional, 14 de mayo de 2019 (14-15-CN/19, ponente: Ramiro Avila Santamaría).
8. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, FMI GAFILAT, Informe de Evaluación Mutua de la República del Ecuador, 2018, URL: https://biblioteca.gafilat.org/?p=6280

9. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, FMI GAFILAT, Informe de Evaluación Mutua de la República de Colombia, 2018, URL: https://biblioteca.gafilat.org/wp-content/uploads/2024/07/IEM-Colombia-4taRonda.pdf
10. CÁRDENAS Villacrés, Santiago Elías, et al. La evolución y consecuencias de la delincuencia organizada y el narcotráfico en el Ecuador. *Ciencia y Educación*, 2023, vol. 4, no 8, p. 18-48.
11. JACKOBS y CANCIO MEKIA, Derecho penal del enemigo, pp.1 a 101.
12. CAMERE FIGUEROA Elian Mauricio, Aportes del garantismo penal en términos de tendencias contemporáneas punitivistas, Revista Diversidad Científica, Vol. 3, Nro. 1, año 2023.
13. CARVALLO ESTIGARRIBIA, Rossana Diana Raquel, Derecho penal del enemigo y legislaciones de Estados democráticos,. Revista Jurídica: Investigación en ciencias jurídicas y sociales, Vol. 12, Nro. 2, año 2022.
14. ROMERO RECALDE, Manuel Alejandro, *et. al*. Derecho Penal del Enemigo Vs Derecho Penal del Ciudadano en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, *Dominio de las Ciencias*, Vol. 3, Nro. 1, año 2023.
15. FERRAJOLI, Luigi. *La construcción de la democracia: Teoría del garantismo constitucional*, 2023.
16. ESPAÑA VIDAL Aportes del garantismo penal en términos de tendencias contemporáneas punitivistas, Revista Diversidad Científica, Vol. 3, Nro. 1, año 2023.
17. BERMEJO MARCOS, Fernando. La globalización del crimen organizado. 2009. *EGUZKILORE*, Nro. 23, 2009, p. 99-115.

18. Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el Terrorismo, folleto informativo Nro. 32, 2008. URL https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf consultado: 13/12/2024
19. PÁRRAGA MACÍAS, Vielka Marisol. El conflicto armado en Ecuador desde la esfera constitucional. *Revista San Gregorio*, 2024, Vol. 1, Nro. Especial 1, p. 133-141.
20. VALERO, Luis Hernando. Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal. *Revista Vía Iuris*, 2009, no 6, p. 71-89.
21. ALBUJA-QUINTANA, Rodrigo Alejandro. Análisis jurídico de la aplicabilidad de la Ley Orgànica de Extinción de Dominio en Ecuador desde el ámbito penal. *Revista Jurídica Crítica y Derecho*, 2022, vol. 3, Nro. 4, p. 42-51.