

Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficacia del derecho penal

*Mario David Ruiz Cabello**

En este artículo se analiza una institución que trasciende la esfera estrictamente civil para llegar al campo del derecho punitivo. Nos referimos a la extinción de dominio.

Las reformas constitucionales de fecha dieciocho de junio del año dos mil ocho, cambiaron el paradigma del derecho penal a través de instituciones que han sido identificadas como instrumentos del derecho penal del enemigo. Sin embargo, la extinción de dominio no guarda relación con tan lesiva narrativa penal, sino que atiende a principios filosóficos enquistados en la moderna tradición civil. El poder reformador de la constitución se ha percatado que el derecho penal se ha vuelto ineficaz en el combate al crimen organizado y ha encontrado una valiosa herramienta en la extinción de dominio.

This article analyzes an institution which goes beyond the purely civilian area to enter the field of criminal law. We refer to the property extinction. The constitutional amendments dated June 18, two thousand eight, changed the paradigm of criminal law through the institutions that have been identified as criminal law for the enemy. However, enemy instruments is not related with such criminal damaging narrative, but serves philosophical principles entrenched in the modern civil tradition. The reforming power of the constitution has become aware that the criminal law has become ineffective in combating organized crime and has found a valuable tool in the property extinction.

SUMARIO: Introducción / I. Para entender la relación entre derecho civil y derecho penal / II. Estructura y análisis de la extinción de dominio / III. Texto de la reforma al artículo 22 constitucional / IV. El derecho civil como garantía democrática frente al derecho penal del enemigo/ V. Conclusión / Bibliografía

* Profesor del Departamento de Derecho, UAM-A.

Introducción

El presente trabajo tiene la intención de mostrar al lector el derecho civil en su dimensión protectora de la sociedad frente al crimen organizado. Para ello, nos valemos del estudio de la *extinción de dominio*. Institución de nuevo cuño en el derecho positivo mexicano que consideramos mal entendida y la cual requiere una reevaluación para comprender su filosofía como miembro de la tradición civil.

A lo largo de este trabajo procuramos explicar la relación que guarda el derecho civil con el derecho penal, exponer algunos antecedentes de la extinción de dominio, explicar la naturaleza jurídica de la nueva institución, explicar las fracciones de la reforma al artículo 22 constitucional y exponer la filosofía que esconde la extinción de dominio. No pretendemos que este escrito sea un estudio dogmático exhaustivo sobre la extinción de dominio. Sólo buscamos mostrar una panorámica que evidencie, científicamente, sus características generales para comprender su esencia y no caer en meras conjeturas y apreciaciones superficiales debidas, en gran medida, a los prejuicios y la moda imperante en el derecho penal.

I. Para entender la relación entre derecho civil y derecho penal

La relación entre derecho civil y derecho penal es bastante estrecha si consideramos que el derecho penal tutela bienes cuyo origen se encuentra en la tradición civil. Dicho, de otra manera, el derecho penal resguarda bienes creados por el derecho civil pudiéndose considerar a aquél como la región punitiva del derecho común.

Una parte importante de la legislación en materia penal prescribe los delitos y determina los castigos que se han de imponer a quien viola el deber de respeto a un derecho constituido por el derecho civil.

Así, en nuestros códigos penales, tenemos capítulos de delitos contra la vida y la integridad corporal, delitos contra las personas en su patrimonio, etcétera. En tales capítulos no se prescribe el contenido de los bienes tutelados en la medida de que los mismos son los denominados bienes pecuniarios y morales configurados en el derecho civil.

La otra parte, que es distinta de la prescripción de delitos e imposición de las penas, se le dedica a la formulación de reglas básicas como la imputabilidad y la participación. Reglas que han sido influenciadas en su creación por instituciones civiles como la capacidad, la solidaridad, mano común, etcétera, y que, incluso llegan a tener un contenido idéntico como es en el caso de la imputabilidad, el dolo y la culpa.

De la misma manera ocurre con la parte adjetiva del derecho penal. Conceptos como plazo, prescripción, reo, etcétera, tienen su origen en el procesalismo civil.

Algunos autores plantean que el proceso penal, es una subespecie del proceso civil. Así, Carnelutti nos dice que: Esta identidad o, por lo menos esta profunda conexión entre los dos procesos, que encuentra su raíz en el hecho de ser el proceso penal una subespecie del proceso de condena (...)¹

Hedeman, citado por José Guarneri, nos dice que el derecho penal “no construye inmediatamente el orden de relaciones de la vida, asegurando solo su construcción ya realizada”.² Construcción que, desde luego, es edificada previamente por el derecho civil.

El derecho civil y el derecho penal van de la mano en la búsqueda del respeto a los derechos de las personas en su patrimonio, sea pecuniario o moral el contenido de éste.

Si bien el derecho penal busca lograr el aseguramiento último de la armonía en la sociedad a través de una gama de castigos, principalmente corporales, ello no siempre le es posible dado que el creciente materialismo individualista de algunos delincuentes les produce una suerte de blindaje emocional frente a la amenaza de perder la vida o la libertad; castigos penales por antonomasia.

No pocos de esos individuos encuentran beneficios en la organización de sus actividades uniéndose y creando estructuras complejas a la usanza de una sociedad mercantil. Dichas organizaciones son uniones de hecho que tienen la finalidad de obtener recursos pecuniarios a través de la ejecución de actividades como el tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, trata de personas y robo de vehículos.

El derecho civil y el derecho penal van de la mano en la búsqueda del respeto a los derechos de las personas en su patrimonio, sea pecuniario o moral el contenido de éste.

Existen delitos que por la complejidad técnica que reviste su explotación económica a gran escala, deben ser ejecutados organizadamente si se quiere lograr un beneficio estable.

Vale hacer una aclaración sobre el materialismo implícito en algunas conductas antisociales. Si visualizamos a un individuo que roba un pan para comer, seguidamente también visualizaremos la forma de su defensa invocando la figura del robo de famélico. Dejemos sentado que el hurto de un alimento, indispensable para la subsistencia, atiende a circunstancias materiales de conservación de la vida. En este caso, nuestro hipotético ladrón pone, incluso, en riesgo su vida con el único objeto de conservarla. El reproche social es nulo, porque el hecho delictivo se vería como una consecuencia necesaria de la condición de pobreza del ladrón. Recordemos que

¹ Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, TSJDF, México, 2005, p. 165.

² José Guarneri, *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla, México, José M. Cajica Jr., 1952, pp. 28 y 29.

Veinticinco Aniversario

aquí se sopesan valores como la vida y la propiedad privada, donde el primero saldrá siempre mejor librado.

Otro es el caso del individuo que no teniendo en riesgo su existencia, trafica con estupefacientes, drogas y personas con la finalidad de lograr riqueza material. En este último caso, el hipotético delincuente también puede poner en riesgo su vida, pero no necesariamente para conservarla, por que no estuvo en riesgo inminente antes de delinquir, sino que la pone en juego con el objetivo de incrementar su riqueza material.

Aquí la balanza nunca se inclinará por la riqueza material, con lo que se destaca el individualismo materialista del delincuente.

Con lo anterior no niego que la vulnerabilidad económica de algunos individuos los empuje a ejecutar conductas como secuestro, trata personas, tráfico de armas y de estupefacientes. Lo que afirmo es que su materialismo los orilla a desestimar la integridad de las víctimas e incluso la propia, evidenciando su individualismo malsano al atribuirle un mayor peso a la prosperidad económica que al desarrollo armónico de la sociedad. Contrario a la doctrina de imperativos categóricos, los demás individuos son un medio del delincuente para lograr sus fines económicos.

La temeridad de este tipo de delincuentes los hace gozar de una alta resistencia al dolor y al aislamiento. Aun en el aislamiento, las deficiencias en el sistema penitenciario brindan al delincuente una salida para la continuación de las operaciones ilícitas. Más aún, tales delincuentes llegan a perder la fascinación por el dinero buscando el aliciente a su impulso por delinquir. Empero, los recursos económicos son pieza fundamental de su actuar.

Si para la delincuencia las penas ya no representan un obstáculo para sus fines ilícitos, si el derecho penal no logra reprimir con eficacia a la delincuencia, ni la seguridad pública puede persuadir al delincuente para abandonar sus actividades criminales, ¿qué medida resultaría adecuada para combatir a la delincuencia organizada?

El derecho penal ha sido rebasado y por ello es necesario valerse de otras normas que, siendo acuñadas hace miles de años, contienen el mejor conocimiento de la conducta humana. Nos referimos al derecho común, al derecho civil.

La reforma constitucional del 18 de junio del 2008 es un resultado de la grave situación que en materia de seguridad ha atravesado nuestro país en la presente década. No obstante, hemos también de señalar que la medida no solo obedece a la escalada de violencia que se ha desatado a lo largo y ancho del territorio nacional, sino que también atiende a la protección de ciertos intereses políticos.

Tengamos presente que se hizo un despliegue de tropas militares por diversos estados de la república mexicana, con el fin, aparente, de combatir el narcotráfico y crimen organizado en general, dando como resultado la captura y homicidio de algunos narcotraficantes; sin embargo, la medida ha violentado la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las constituciones locales.

Se dotó a las fuerzas armadas de recursos y de seguridad, así como de dispositivos jurídicos de dudosa constitucionalidad para hacer frente a las organizaciones delictivas en una “guerra” que ha arrojado un saldo desfavorable para la tranquilidad de la nación.

Así, se habla, incluso, de una cifra de alrededor de treinta mil decesos sin que se vislumbre una disminución de las bajas, ni la disolución de las organizaciones delictivas.³

Es un hecho que la finalidad de endurecer las penas y fortalecer a las fuerzas armadas no está, necesariamente, en la prevención y represión de las conductas delictivas. Así, el presidente de la república ha manifestado que: “Mi objetivo principal no es acabar con las drogas ni eliminar su consumo. Eso es imposible. Mi objetivo es fortalecer la ley mexicana. Quiero hacer de México un país donde se respete la ley porque ese es el primer paso del desarrollo.”⁴

Leída tal declaración, suena entonces inútil el gran despliegue de fuerza militar y resulta chocante la cifra de tantos decesos en una guerra infructuosa. Vale precisar que el respeto a la ley va de la mano del desarrollo de un país y no antes el respeto como equivocadamente manifiesta el presidente. El tejido social se encuentra bastante lacerado.

La génesis delictiva se encuentra muy vinculada a factores como la pobreza y marginación, desintegración familiar, falta de educación y de sistemas de salud, y por otro, ligada a una creciente sociedad de consumo y enajenación mental que origina individuos violentos, fomentada por los intereses más oscuros del comercio. La población económicamente vulnerable no soportará el hambre por respeto a la propiedad privada, recordemos que *Necitas non habet legem*.

Al margen de las críticas sociológicas, vaticinamos que instituciones eminentemente penales como el arraigo, intervención de comunicaciones, cateos y sistema procesal adversarial, mismas que han encontrado cobijo en nuestra Constitución, estarán condenadas al fracaso.

Esta aseveración la apoyamos en el análisis de la economía del crimen.

La delincuencia organizada, como lo manifestamos anteriormente, se vale de la unión de individuos con la intención de obtener recursos pecuniarios mediante la ejecución de conductas delictivas. La consecución de recursos económicos reviste un ánimo de lucro en estas sociedades delictivas insertándolas en el concierto de la oferta y de la demanda.⁵

³ *La Jornada*, 17 de diciembre del 2006. La cifra oficial a esa fecha, aportada por la Procuraduría General de la República, en voz de su titular, indica un número exacto de 30 196 decesos. Decesos que al margen del dato oficial, pueden ser mayores.

⁴ *La Jornada*, 29 de marzo del 2010.

⁵ Así, recordemos cómo el secuestrador Daniel Arizmendi López declaró que (el robo de autos) “ya no es negocio”; que “ya tengo otro negocio” (el secuestro). Le insistía a sus cómplices (el secuestro) “es estrictamente un negocio”, *Reforma*, 19 de agosto de 1998 y *La Jornada*, 19 de agosto de 1998.

Veinticinco Aniversario

En ese tenor, y a la usanza de las sociedades lícitas, estas organizaciones de facto poseen una estructura organizada de formas horizontal o vertical, contando, además, con los recursos materiales necesarios para llevar al éxito a su criminal empresa.

En efecto, los recursos pueden equipararse al patrimonio de explotación al cual identificamos como capital. Los bienes que componen el patrimonio de explotación de dichas organizaciones son utilizados para recuperar su inversión en la criminal empresa, y con el principal objetivo de lograr utilidades.

Ahora bien, si los miembros de las organizaciones delictivas no se ven intimidados por las normas penales, quizá habrá otras normas con las cuales les será complicado lidiar. Esas normas se encuentran en el derecho civil y son las que regulan el patrimonio pecuniario. El materialismo individualista de las organizaciones delictivas los hace fuertes frente a la muerte y la incomunicación, pero no frente a la pérdida de sus bienes pecuniarios.

De esta manera, la reforma al artículo 22 constitucional creó la extinción de dominio de bienes objeto, instrumento y producto de las actividades delictivas organizadas, misma que fue reglamentada en la Ley Federal de Extinción de Dominio, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril del año 2009 como instrumento para echar mano de los recursos económicos de la delincuencia organizada

Así, tenemos que

“Según datos del Boletín sobre Prevención del Delito y Justicia Penal (nums. 26 y 27, noviembre 1995), publicado por la ONU con motivo de la Conferencia Ministerial Mundial sobre Delincuencia Transnacional Organizada, realizada en Nápoles en 1994, el delito es la actividad comercial de mayor envergadura en el mundo.

Como fuente de ingreso, el tráfico de drogas y el tráfico de armas ocupan respectivamente el primero y el segundo lugares, por encima de la industria petrolera.”⁶

De acuerdo con la exposición de motivos de la ley, se colige que:

Uno de los incentivos de la actividad criminal consiste en que, en diversos casos, las autoridades se encuentran imposibilitadas para acreditar la procedencia ilícita de diversos bienes utilizados para la comisión de delitos, así como su relación directa con los imputados en un proceso penal aun cuando existen elementos suficientes para establecer un vínculo con la delincuencia. De tal suerte, que el hampa logra evadir el decomiso de esos recursos mal habidos, entre otras sanciones, generando un espacio de impunidad indeseada.

⁶ Juan Ramírez Marín, *Seguridad pública y Constitución*, México, Porrúa, 2003, p. 149.



El materialismo individualista de las organizaciones delictivas los hace fuertes frente a la muerte y la incomunicación, pero no frente a la pérdida de sus bienes pecuniarios.

Los bienes en poder de las organizaciones criminales son la base para el éxito de su empresa, por lo que, de forma atinada, la reforma constitucional y su ley reglamentaria logra vislumbrar los alcances del derecho civil ante la ineficacia de las normas penales y de seguridad pública.

II. Estructura y análisis de la extinción de dominio

Bosquejaremos la naturaleza y estructura de esta nueva institución del derecho positivo mexicano relacionándolas con lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución y con algunas disposiciones que consideramos relevantes de la Ley Federal de Extinción de Dominio.

La extinción de dominio es únicamente aplicable para los casos de delincuencia organizada en la medida de que son esas organizaciones las que encuentran un beneficio con el comercio jurídico.⁷

II. 1. Antecedentes de la extinción de dominio

Es sabido que la extinción de derechos patrimoniales pecuniarios, como consecuencia directa o indirecta del castigo a una conducta ilícita, no es una obra espontánea del presente. Nos salta a la memoria, como antecedente a la extinción de dominio,

⁷ Recordemos que son comerciables los bienes aptos para ser reducidos a propiedad privada.

Veinticinco Aniversario

por su efecto de extinguir derechos pecuniarios, la histórica institución de la “confiscación”.

La palabra confiscación deriva directamente de la palabra latina *fiscus* y significa, primordialmente, la privación de la propiedad privada a favor del tesoro público.

Así se expresa Mommsen sobre la institución durante el derecho romano clásico:

En la época posterior de la república y en la primera del principado, la punición de los individuos no sirvió a menudo para otra cosa sino para enriquecer al Estado y hasta no raras veces se acudía a ella con el preferente propósito de conseguir apoderarse de los bienes del penado. Cuando a este se le despojaba de su patrimonio, era frecuente dejar, por vía de gracia, una parte del mismo a sus hijos, parte que en los tiempos posteriores solía ser, la mayoría de las veces, la mitad. Justiniano llegó hasta prohibir la confiscación total en general, dejándola subsistente, sin embargo, en los delitos contra el Estado. Tampoco podía procederse a privar del patrimonio adquirido ilícitamente sino en virtud de especial autorización del emperador.⁸

Si bien la confiscación no era una pena principal, encontramos que se trataba de una pena resultado de otro castigo comúnmente corporal.

Penas como la pena capital, la *capitis deminutio maxima*, la *perduellio* y la *relegatio*, traían aparejada la extinción del patrimonio pecuniario del penado. Estas penas eran impuestas como resultado del proceso penal, por ello, la pérdida de los derechos patrimoniales pecuniarios del reo se configuraba como una sanción eminentemente penal y nunca civil.

Si bien, delitos como el parricidio traían aparejada esta medida, era frecuente que esta pena accesoria cobrara la forma de instrumento de persecución política. Así, por ejemplo, la confiscación fue utilizada por Lucio Cornelio Sila, Julio César, Octavio Augusto y Tiberio en contra de sus rivales políticos. En el derecho anglosajón, la confiscación era utilizada bajo lineamientos similares a los empleados en la época clásica del derecho romano. Se trataba de una pena accesoria apta para ser utilizada con tintes de venganza política.

La confiscación era una consecuencia de la pena de proscripción (*attainder*) que se traduce como una muerte civil y política (extinción de derechos civiles y políticos). A su vez, el *attainder* le seguía, usualmente, a la pena de muerte. El condenado a muerte era accesoriamente condenado a la proscripción y ello implicaba la confiscación de sus bienes.

La pena de proscripción fue aplicada con frecuencia durante la guerra de las Dos Rosas en Inglaterra.

⁸ Teodoro Mommsen, *Derecho penal romano*, Bogotá, Colombia, Temis, 1976, p. 620.

La corrupción de la sangre (*corruption of blood*) era otra consecuencia de la proscripción. El patrimonio del ajusticiado pasaba a la Corona y los descendientes directos de aquél no podían heredar de sus abuelos.

Nótese cómo la pena de *attainder* era trascendente a los descendientes directos del condenado debido a la corrupción de la sangre.⁹

La pena accesoria de corrupción de la sangre está prohibida por el artículo III sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América, teniendo en algunos estados la excepción para el caso de que se busque la muerte del ascendiente y evitar la sucesión de los bienes por ese criminal medio.

En la actualidad, la confiscación es utilizada en Estados Unidos como auxiliar de la fuerza policíaca. Suelen ser confiscados, luego de ser asegurados (*seizure*), objetos dañados para la sociedad y que son utilizados para delinquir. Como ejemplo de esos objetos tendríamos las mesas de juego ilegal, las redes de pesca ilegal etcétera.¹⁰

La confiscación fue también una pena utilizada por la inquisición española. En tiempos de Fernando y Carlos V, judíos y musulmanes eran sujetos de confiscación. Las autoridades del Santo Oficio veían no con malos ojos echarle el guante a los bienes de acaudalados judíos; después de todo, éstos habían cometido un delito no contra los hombres sino contra dios.

Torquemada dispuso que aquellos perseguidos que se entregaran al tribunal durante un plazo de gracia serían beneficiados no privándoles de sus bienes pecuniarios. La codicia de las autoridades inquisitivas, fomentó el empleo de esta pena durante la Colonia.¹¹

También en el derecho penal de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se trataba la pena de confiscación como una pena accesoria y, además, de no necesariamente aplicarse a todos los bienes del penado. En el artículo 20 del Código Penal de 1926 se contempla la medida, y en la parte final del artículo 23 se prescribe que: “La confiscación de bienes sólo puede ser impuesta por los tribunales como medida accesoria de defensa social en los casos especialmente previstos en los artículos de este código”.

Sobre el Código Penal de 1960 Johnson nos dice:

La confiscación puede ser de todos los bienes del delincuente o sólo de una parte; la confiscación de una parte se impone a menudo como una pena adicional en los casos en los que se han dado grandes fraudes al Estado. Además se pueden confiscar los instrumentos utilizados para cometer el delito, el dinero y los valores adquiridos a través de aquel, y los objetos

⁹ *Encyclopaedia Britannica*, t. 2, Chicago, EU, Encyclopaedia Británica Inc., 1973, p. 727.

¹⁰ *Op. cit.*, t. 6, p. 296.

¹¹ Arthur Stanley Turberville, *La Inquisición española*, México, FCE, 1994, pp. 65 y 66.

Veinticinco Aniversario

cuya propiedad o uso no esté permitida (Así por ejemplo narcóticos, destilerías ilegales o bien prensas de imprimir).¹²

Johnson identifica perfectamente la confiscación con la privación total o parcial de los bienes pecuniarios del penado. Empero, identifica en la institución soviética otras formas de privación de bienes como los instrumentos empleados para cometer el delito y el producto del delito en cuyo caso se debería utilizar propiamente el término de decomiso.

Como hemos visto, aun en la diversidad de tiempos y latitudes, la confiscación consistía, generalmente, en la privación total del patrimonio pecuniario de un individuo como consecuencia accesorias de una sanción penal. Se trata, entonces, de una institución históricamente penal en la cual no necesariamente interviene una decisión judicial sino meramente administrativa. Es esta una institución histórica que guarda semejanza con la extinción de dominio únicamente en lo concerniente al efecto extintivo del patrimonio de un imputado. La confiscación llegaba a ser una aplicación “universal”, es decir, una privación de todos los bienes pecuniarios del sancionado, mientras que la extinción de dominio sólo versa sobre bienes determinados, como lo veremos en su oportunidad.

Si bien en el derecho romano no hallamos el antecedente estrictamente civil de la extinción de dominio, ello no se traduce en su exorbitancia de las instituciones civiles.

La privación del patrimonio pecuniario como instrumento o producto del delito referido al crimen organizado a través de un proceso civil, tiene un reciente antecedente. En el 2001 se promulgó en la provincia de Ontario, en Canadá, la Civil Remedies Act que permite a la Corona privar del instrumento del delito al crimen organizado.¹³

Si bien en el derecho romano no hallamos el antecedente estrictamente civil de la extinción de dominio, ello no se traduce en su exorbitancia de las instituciones civiles. Opinamos que esta no es la excepción.

II. 2. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

No pocos autores ven en la extinción de dominio un híbrido jurídico que transita entre los derechos penal, civil y administrativo y que, además, comulga bastante bien con la idea del derecho penal del enemigo. Antes de abundar en los fines de la nueva institución hemos de distinguirla de otras figuras afines.

II. 2. Naturaleza jurídica de la extinción de dominio

No pocos autores ven en la extinción de dominio un híbrido jurídico que transita entre los derechos penal, civil y administrativo y que, además, comulga bastante bien con la idea del derecho penal del enemigo. Antes de abundar en los fines de la nueva institución hemos de distinguirla de otras figuras afines.

¹² E.L. Johnson, *El sistema jurídico soviético*, Barcelona, Ediciones Península, 1974, p. 202.

¹³ Dicha ley, adolece de varias incongruencias técnicas (véase que la propiedad para esta ley es tanto real como personal), ello debido en gran medida a que el *commonlaw* no muestra especial predilección por la perfección teórica de las instituciones.

II. 3. La extinción de dominio no es confiscación

En nuestro sistema jurídico, la confiscación es un hecho ilícito y puede conceptualizarse como: “(...) el hecho ilícito que se le atribuye al Estado y que se comete por conducto de los funcionarios de su órgano ejecutivo por medio del cual, se apodera para él y priva sin fundamento jurídico alguno, a un particular de un bien posesión de éste”.¹⁴

La extinción de dominio es una sanción civil represiva que se impone en una sentencia. Dista mucho de ser un hecho ilícito como sí lo es hoy día la confiscación.

II. 4. La extinción de dominio no es decomiso

Dentro de la teoría de la pena y de las medidas de seguridad encontramos el decomiso, que es una sanción penal consistente en la aplicación de los bienes ilícitamente adquiridos.

Algunos autores identifican la extinción de dominio con el decomiso contemplado en las diversas leyes penales de nuestro país.

Opinamos que la extinción de dominio no es una pena a la usanza del derecho penal, sino una sanción represiva civil.

Es menester dejar claro que la sanción es el resultado del cumplimiento o incumplimiento de un deber. El resultado del cumplimiento de un deber se identifica con la sanción premial, mientras que el resultado del incumplimiento del deber se traduce en una sanción represiva.

Las sanciones, tanto premiales como represivas, se encuentran en todo nuestro orden jurídico, en todas las denominadas ramas del derecho.

Las sanciones represivas penales son mejor conocidas como “penas” y gravitan en torno a la idea del delito y, desde luego, en el campo del derecho penal.¹⁵

Ahora bien, el decomiso no necesariamente es extensible al producto del delito, siendo lo usual decomisar sólo el instrumento del delito.

La extinción de dominio, como herramienta del derecho civil, le da al producto del delito (emanado del crimen organizado) el trato como un patrimonio de explotación.

El Juez penal no tendría más facultades para juzgar sobre los bienes muebles o inmuebles de la delincuencia organizada que no guardan formal relación directa con

¹⁴ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2008, p. 1077.

¹⁵ Cicerón consideraba alejarse del sendero trazado por la ley como delito. Sin embargo, no precisaba a qué tipo de ley se refería. Ello no es casual en la medida de que el delito no sólo era penal, sino también civil. Los romanos llamaban crimen a lo que hoy denominamos delito. En la actualidad, los penalistas han monopolizado el término.

Veinticinco Aniversario

el delito. En todo caso, debe ceñirse a la investigación ministerial y a la comprobación plena del delito.

Asimismo, para el juez civil sólo basta la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, cuando, por otro lado, el juez penal tendría que agotar la comprobación total del delito y sólo a través de la verdad material histórica para llegar a decomisar el producto del delito.

Ciñéndose a la misma fuerza de la formalidad del derecho común, el juez civil evita que por los formalismos que impiden la comprobación penal, los bienes puedan seguir en manos del crimen organizado.

II. 5. La acción de extinción de dominio no es una acción penal

En *Comentarios a la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal*, Eduardo Martínez Bastida comenta que:

La naturaleza de la extinción de dominio es penal y no civil como falazmente lo intentan hacer ver algunos especialistas; el proceso al seguirse bajo las reglas del Derecho civil permite colegir que la acción o forma de extinguir el dominio es de naturaleza distinta a la penal, de ahí que sea una acción real, pero la esencia o sustancia es punitiva. El dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales, de justicia, de gobernación, de seguridad pública y estudios legislativos de fecha 13 de diciembre de 2007 explica de manera detallada a la extinción de dominio como un decomiso en los términos siguientes:

(En este sentido, con la finalidad de encontrar una herramienta eficaz que coadyuve a desmembrar las organizaciones delictivas y limitar sus efectos nocivos, impedir que se reproduzcan, pero principalmente decomisar sus activos, se comparte el criterio de la cámara de origen de considerar necesario crear un procedimiento jurisdiccional y autónomo del proceso penal que establezca en forma expresa que procederá estrictamente en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos así como trata de personas).

Así la extinción de dominio es un decomiso y siendo el decomiso una pena, como así se dispone en el artículo 30 fracción VI del Código Penal para el Distrito Federal en debida concordancia con los dispositivos 53, 54 y 54 (SIC) del ordenamiento invocado permite colegir que la naturaleza de la figura es propia del Derecho punitivo.¹⁶

Hemos de precisar algunos equívocos del autor y de los redactores de la norma que cita, tanto local como federal.

¹⁶ Eduardo Martínez Bastida, *Comentarios a la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal*, 2ª. ed., México, Raúl Juárez Carro Editorial, 2010, pp. 27 y 28

1. La extinción de dominio no es una acción real dado que el accionante (Estado o entidad federativa) nunca tiene antes de la sentencia civil un derecho real constituido a su favor como para ejercer su derecho de persecución.
2. La acción de extinción de dominio no sólo se encarga de aplicar derechos reales a favor del accionante, sino también de aplicar a su favor derechos personales.

También, sólo sería competente el juez civil en una acción de tal naturaleza dado que sólo él estaría facultado para emitir una sentencia constitutiva de derechos. El juez penal no está facultado para dictar sentencias constitutivas de derechos, sino sólo para emitir sentencias de condena como se deja ver en el criterio de Francesco Carnelutti. He ahí un error técnico insalvable para el caso del decomiso en el proceso penal, donde el mismo tiene más a asociarse a la figura de la adjudicación.



La acción de extinción de dominio no prejuzga sobre la existencia de un delito como sí acontece con el decomiso que se impone como pena tras haberse acreditado un delito.

3. Recordemos que el legislador no necesariamente es abogado o jurista, por ello, el que aquél considere un “decomiso” a la extinción definitiva de derechos patrimoniales pecuniarios no quiere decir que la naturaleza de la extinción de dominio sea la de un decomiso.

La acción de extinción de dominio no prejuzga sobre la existencia de un delito como sí acontece con el decomiso que se impone como pena tras haberse acreditado un delito.

Insistimos que la extinción de dominio es una sanción represiva civil, independiente del derecho penal y que explicaremos mas adelante.

II. 6. La extinción de dominio no es expropiación

La expropiación consiste fundamentalmente en:

(...) acto que realiza el estado, unilateral y soberano, por conducto del funcionario competente de su órgano ejecutivo o administrativo, por medio del cual priva, para sí o para un tercero, a una persona de un bien propiedad

Veinticinco Aniversario

o posesión de esta, mediante el pago de una retribución o indemnización, para aplicarlo a la satisfacción de una necesidad pública. Directamente por él o indirectamente por un tercero, y que sólo con ese bien puede ser satisfecha en todo o en parte.¹⁷

Como se ve, la expropiación es un acto unilateral del estado realizado por conducto del Ejecutivo. En cambio, la extinción de dominio es declarada por el Estado a través de un juez civil y sólo después de un proceso.

Si bien es cierto que la extinción de dominio implica inmediatamente una causa de utilidad pública como lo es privar a la delincuencia organizada de sus recursos pecuniarios para seguir operando, también lo es que dicha causa en la extinción de dominio se desentiende de la retribución que debe pagar el estado al privado del bien.

II. 7. La acción de extinción de dominio no es una acción *sui generis*

En la obra *Consideraciones generales sobre la Ley de Extinción de Dominio*, Ramírez Colina refiere sobre la naturaleza de la ley federal de extinción de dominio que: “(...) a ciencia cierta no se sabe su naturaleza jurídica (...) a la ejecución de la extinción de dominio, se presenta el inconveniente que dicha figura *sui generis* es de naturaleza jurídica indeterminada, por lo que al menos de manera formal no podemos decir que la extinción de dominio sea materia civil”.¹⁸

Sobre la naturaleza jurídica de la ley federal de extinción de dominio, podemos decir que se trata de una ley que versa sobre las condiciones y procedimiento para extinguir derechos patrimoniales pecuniarios relacionados con la delincuencia organizada.

Pero, si entendemos la locución *sui generis* como “fuera de género” o “único en su género”, podemos decir que la extinción de dominio no está fuera de género ni constituye un género único como equivocadamente considera el autor.

Es precisamente la extinción de derechos patrimoniales pecuniarios el género teniendo diversas especies, sean actuales o históricas, como la confiscación, la expropiación, el decomiso, la requisición, la adjudicación y ahora la mal llamada extinción de dominio que abona una nueva especie.

Por ello, ponemos en duda que la extinción de dominio se encuentre fuera de género.

Formalmente, la extinción de dominio es una institución civil. La extinción de dominio tiene vinculada la aplicación de los bienes patrimoniales pecuniarios del demandado a favor del Estado. Atribución que es del juez civil por la naturaleza patrimonial pecuniaria de los bienes cuyo dominio se pretende extinguir.

¹⁷ Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 989.

¹⁸ Edgar Iván Colina Ramírez, *Consideraciones generales sobre la Ley de Extinción de Dominio*, México, Ubijus, 2010, pp. 34 y 43.

La sentencia del juez civil es tanto declarativa como constitutiva de derechos a favor del Estado.

Sobre la apariencia de la violación al principio *ne bis in idem* el autor citado manifiesta:

En efecto si tomamos en consideración que dicho principio se sustenta en la prohibición de duplicidad de sanciones, en el caso concreto existe, pues si bien, de manera formal la extinción del dominio no es una pena ya que parte de un híbrido procesal (pues combina derecho civil, penal y administrativo) cuyo fin es diverso a la pena; de manera material sí que se presenta esa duplicidad en la sanción en el mejor de los casos, pues como la propia ley estatuye que no obstante que al sujeto se le haya absuelto en el proceso penal ello no va a ser suficiente, si el proceso se siguió en los supuestos de la fracción II, del artículo 22 constitucional; ya que la esencia tanto del decomiso como de la extinción de dominio es la pérdida de los bienes sin contraprestación alguna derivada de un mismo hecho, fundamento y sujeto componente básico para apreciar la prohibición de incurrir en *bis in idem*.¹⁹

Nos permitimos diferir del autor dado que no consideramos que la prohibición se interprete como el impedimento a una duplicidad de sanciones, sino como el impedimento a una duplicidad en la sanción.

Hay gran diferencia entre la concurrencia de más de una sanción y en sancionar dos veces el mismo hecho.

Por una parte, lo resuelto en el juicio penal puede derivar en una sentencia de condena, mientras que la sentencia civil lo será declarativa y constitutiva. Son dos sanciones distintas cuya concurrencia no se prohíbe en nuestro orden jurídico. La sanción penal tiene el carácter de pena y persigue fines distintos a la sanción repressiva civil. De considerar lo contrario pasaríamos por alto que una misma conducta puede traer aparejada más de una consecuencia adversa para su autor.

El otro aspecto es que al proceso penal le interesa cien por ciento del delito, mientras que al proceso civil le importa sólo la comprobación del cuerpo del delito. Por ello tampoco habría identidad en el hecho que motiva la sanción.

III. Texto de la reforma al artículo 22 constitucional

El artículo 22 constitucional en su segundo párrafo, en lo conducente nos dice que:

No se considerará confiscación, la aplicación de bienes (...) cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de la extinción de dominio se

¹⁹ Edgar Iván Colina Ramírez, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

Veinticinco Aniversario

establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

- I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;
- II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:
 - a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.
 - c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.
- III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

Por lo que se refiere a la primer parte del segundo párrafo del artículo 22 constitucional y que establece que: “*No se considerará confiscación, la aplicación de bienes (...) cuyo dominio se declare extinto en sentencia (...)*” excluye la disposición constitucional a la extinción de dominio como posibilidad de ser considerada una confiscación.

Para tener un panorama claro, la confiscación es: “*(...) el hecho ilícito que se le atribuye al Estado y que se comete por conducto de los funcionarios de su órgano ejecutivo por medio del cual, se apodera para él y priva sin fundamento jurídico alguno, a un particular de un bien posesión de este*”.²⁰

La diferencia entre la extinción de dominio y la confiscación estriba en que aquélla deriva de una conducta lícita mientras que la confiscación es un hecho ilícito.

Respecto del primer lineamiento de la extinción de dominio tenemos que: *I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal (...)*

²⁰ Ernesto Gutiérrez y González, *op. cit.*, p. 1077.

La reforma constitucional deja abierta la posibilidad de que cada entidad federativa legisle sobre la extinción de dominio por lo que tanto las entidades federativas como la federación, son competentes en esa materia.

Sin embargo, al mencionar la reforma que la extinción de dominio es jurisdiccional y autónoma del proceso penal, nos permite entonces afirmar que cualquier otra jurisdicción es competente; específicamente, al tratarse de derechos patrimoniales pecuniarios, opinamos que la jurisdicción civil es la competente. Recordemos que sólo el juez civil y no el penal es el facultado para dictar sentencias constitutivas de derechos.

Sobre el tipo de acción que se ejerce, el artículo 5 de la ley determina que: *“La acción de extinción de dominio es de carácter real, de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder, o lo haya adquirido”*.

Opinamos que el legislador incurre en algunos equívocos, mismos que mencionamos a continuación:

1. Por virtud de las acciones reales, de acuerdo con los posglosadores, se acude a juicio exigiendo lo que nos pertenece.

Recordemos que el bien objeto del derecho real es susceptible de ser perseguido en tanto este es oponible *erga omnes*. Lo anterior quiere decir que previo a una acción real existe ya un derecho real constituido a favor del accionante. Como ejemplo tenemos la acción reivindicatoria, donde el accionante debe ser previamente titular del derecho real de propiedad.

Si relacionamos el artículo 5 con el diverso artículo 3 que en la parte final establece que: *“La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado (...)”* notamos que el Estado antes del ejercicio de la acción no es aún titular de derecho real alguno. Por ello opinamos que la acción no es propiamente real sino, en todo caso, una acción que busca una sentencia constitutiva de un derecho patrimonial pecuniario a favor del Estado accionante.

La acción no es propiamente real sino, en todo caso, una acción que busca una sentencia constitutiva de un derecho patrimonial pecuniario a favor del Estado accionante.

2. Tampoco es atinada la disposición en la tesis de apellidarla como *“real”* dado que tampoco la acción por la que se intenta la privación y constitución de derechos, se restringe a derechos reales.

Si consideramos que el referido artículo 3 de la ley, y que dice

La extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación

Veinticinco Aniversario

ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.

Y relacionándolo con los artículos que refiere, en particular con el artículo 2, y en específico la fracción I. (Sólo la fracción I habla de los bienes), la cual determina qué entiende por bienes:

Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8 de esta Ley.

Podemos concluir que la acción no refiere sólo a derechos reales del demandado, sino también contempla la posibilidad de privarle de sus derechos personales.

3. Ahora bien, es relativa la autonomía del proceso que deriva de la acción de dominio con respecto del proceso penal.

Lo anterior en la medida de que si en la sentencia dictada en el proceso penal se absuelve al procesado por falta de los elementos del cuerpo del delito, surge entonces a su favor el derecho a ser indemnizado.

La indemnización está condicionada a que, previo a la sentencia penal se hayan extinto los derechos sobre los bienes del otrora procesado mediante la acción civil a estudio. La indemnización se hará con cargo a un fondo como se determina en los artículos 10 y 61 de la ley comentada. No existe una absoluta desvinculación entre el proceso civil y el proceso penal, puesto que el resultado de este puede trastocar los resultados de aquel. Después de todo, la sentencia penal absolutoria puede dar lugar a una acción por pago de daños y perjuicios sometiendo a nuevo examen el proceso civil de extinción de dominio.

4. La propia noción de la “extinción de dominio” puede dar lugar a equívocos. El objeto de la acción establecida en la ley se refiere a los bienes en general de la delincuencia organizada. El dominio es sólo uno de los protoderechos o facultades de los derechos patrimoniales pecuniarios, sea en propiedad (cosas corpóreas) o en titularidad (derechos). Los demás son el uso y el disfrute.

Recordemos que el derecho real de propiedad es el derecho real que confiere las facultades de usar, disfrutar y disponer de un bien corpóreo.

Lo ideal hubiere sido denominar a la nueva institución como extinción de derechos patrimoniales pecuniarios. Con ello se comprenderían, tanto los derechos reales como a los personales, y sin confundirnos con sólo una de las facultades del derecho real de propiedad.

La fracción II del artículo 22 constitucional nos dice que la acción de extinción de dominio solo es permitida cuando se trate de delitos relacionado con la delin-

cuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas. Ello comulga con el espíritu de la reforma buscando golpear a las organizaciones criminales en sus ilícitas negociaciones.

El párrafo noveno del artículo 16 constitucional nos dice qué se entiende en nuestro orden jurídico por delincuencia organizada: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 2 nos dice que

Por grupo delictivo organizado se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante 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 a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Es importante comprender el precepto, por que de acuerdo con el espíritu de la reforma, las modificaciones a la Constitución se dan en una homogeneización internacional en el combate al crimen organizado.

El texto de la reforma excluye, por alguna razón no muy clara, la consecución de fines económicos de la redacción de la figura de delincuencia organizada como sí se lee en el texto de la Convención. Deja abierta la desagradable posibilidad de considerar delincuencia organizada a los diversos movimientos sociales.

A su vez, los bienes objeto de la acción de extinción de dominio serán: a) “Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió”.

Opinamos que la técnica jurídica empleada para la elaboración de tal norma deja qué desear, y para sustentar nuestro punto de vista expondremos algunos ejemplos que evidencian los errores técnicos de la reforma.

III. 1. Sobre los bienes aptos para ser objeto de la acción de extinción de dominio

En general, todos los bienes que se encuentren en el comercio pueden ser objeto de la acción de extinción de dominio. Recordemos que se encuentran en el comercio todos aquellos bienes que son aptos para ser reducidos a propiedad o titularidad particular.²¹

²¹ La propiedad sólo recae sobre bienes corpóreos, mientras que la titularidad lo hace sobre bienes incorpóreos.

Veinticinco Aniversario

Así, tenemos que la gama de bienes abarca un amplio espectro que a continuación enumeramos.²²

1. Bienes corpóreos e incorpóreos. 2. Específicos y genéricos. 3. Fungibles y no fungibles. 4. Consumibles, gradualmente consumibles y no consumibles. 5. Divisibles e indivisibles. 6. Presentes y futuros. 7. Inmuebles y muebles. 8. Simples y compuestos. 9. Principales y accesorios.

Sólo estos bienes pueden ser objeto del patrimonio de un particular, ya sea persona física o moral y que son aptos para ser objeto de extinción de dominio siempre que sean de carácter pecuniario.²³

Así, la ley federal de extinción de dominio determina en sus artículos 2 y 3 que:

Artículo 2. Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Bienes.- Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8 de esta Ley.

Artículo 3. La extinción de dominio es la pérdida de los derechos sobre los bienes mencionados en los artículos 2 y 8 de la presente Ley, sin contraprestación ni compensación alguna para su dueño ni para quien se ostente o comporte como tal. La sentencia en la que se declare tendrá por efecto que los bienes se apliquen a favor del Estado.

En *Extinción de dominio*, Orduña Sosa refiere con respecto de los bienes objeto de la acción que:

De este modo, en la aplicación de este procedimiento de extinción de dominio debe tomarse en cuenta que los bienes son todos aquellos objetos tangibles o intangibles, que puedan ser materia del derecho de propiedad, susceptibles de valoración económica.²⁴

El autor, acertadamente, hace énfasis en el carácter económico de los bienes cuyo dominio se pretende extinguir.

Empero, al manifestar “(...) *que puedan ser materia del derecho de propiedad* (...)” cae en el error de reducir la aptitud para extinguir el dominio respecto de estos bienes a su posibilidad de ser materia del derecho de propiedad. Ello es equivocado, recordemos que no sólo la propiedad puede ser extinta sino también los derechos de crédito.

²² Remitimos el estudio a la lectura del segundo libro del Código Civil Federal.

²³ Por obvias razones excluimos los bienes morales, los intransferibles, mostrencos, vacantes y públicos. V. Ernesto Gutiérrez y González, *El patrimonio*, 8ª. ed., México, Porrúa 2004.

²⁴ Héctor Orduña Sosa, en Jaime M. Marroquín Zaleta (comp.), *Extinción de dominio*, 4ª. ed., México, IJF/Porrúa, 2010, p. 91.

Un equívoco más se revela cuando el autor manifiesta “(...) o *intangibles, que puedan ser materia del derecho de propiedad (...)*”. Contrario a lo aseverado por el autor, no hay bienes intangibles (incorpóreos hablando con propiedad jurídica) que puedan ser materia del derecho de propiedad. Como ejemplo tenemos el caso de los derechos de crédito, no pueden ser objeto de propiedad (quedando fuera entonces del catálogo de posibilidades del autor) y, sin embargo, éstos sí son aptos para extinguirse a través de la acción estudiada.

Un derecho de crédito es de carácter económico pero no reducible al derecho real de propiedad y, sin embargo, insistimos, es susceptible de ser objeto de la acción de extinción de dominio.

El autor no depara en que la propiedad recae única y exclusivamente sobre bienes corpóreos, mientras que la titularidad únicamente sobre derechos o bienes incorpóreos en general.

Sería inadecuado aseverar que alguien es propietario de derechos, cuando lo adecuado es mencionar que alguien es titular de derechos.

Como se ha dejado entrever, bienes objeto de propiedad, como también los derechos pecuniarios (no reducibles a propiedad particular por obvias razones) son susceptibles de ser objeto de la multimencionada acción de dominio.

III. 2. Instrumento del delito

Consideremos, primeramente, que el instrumento del delito es aquel bien que es utilizado para la realización del delito y que puede o no pertenecer al delincuente.

Como ejemplo, una pistola y las municiones ante un homicidio con arma de fuego, o un bien inmueble utilizado para privar a una persona de su libertad. Bienes, éstos, sobre los cuales no necesariamente el delincuente tiene un derecho real o personal. Si estos pertenecen al delincuente, son totalmente aptos para ser objeto de la acción de extinción de dominio.

No se podría extinguir el dominio de algo con respecto de alguien que no lo tiene. Expondremos el problema en lo tocante a los terceros relacionados con el delito.

***Consideremos, primeramente,
que el instrumento del delito
es aquel bien que es utilizado
para la realización del delito y
que puede o no pertenecer al
delincuente.***

III. 3. Producto del delito

Los bienes producto del delito son destinados como inversión para el negocio ilícito o bien, ser simple utilidad del mismo sin que sea necesariamente invertido en la empresa relegándolos a fines diversos a la criminal empresa, tales como habitación,

Veinticinco Aniversario



Como ejemplo de producto del delito tenemos derechos reales (muebles e inmuebles) y derechos personales (derechos de crédito, títulos de crédito) que sean obtenidos, por ejemplo, como rescate por un secuestro.

fijeza de sus elementos activos, ya que su titular para hacer crecer el patrimonio, o cuando menos para intentar su incremento debe enajenar todo o parte de su activo para que con el precio que obtenga, adquiera otros nuevos que también habrá de substituir, así sucesivamente repetir una o más veces esa operación.²⁵

Como ejemplo de producto del delito tenemos derechos reales (muebles e inmuebles) y derechos personales (derechos de crédito, títulos de crédito) que sean obtenidos, por ejemplo, como rescate por un secuestro.

El delincuente puede utilizar el producto del delito como un patrimonio de derecho común a manera de satisfacer sus necesidades personales, ya sean materiales o inmateriales. Como ejemplo tenemos dinero para alimentarse, inmuebles para su vivienda, piezas de arte para su recreación, etcétera. En este caso el bien es utilizado en el contexto de un patrimonio de derecho común.

En cambio, puede invertir esos bienes en la empresa criminal para continuar el negocio delictivo. Es decir, no serán empleados los bienes para su satisfacción personal o de los suyos, sino como capital para impulsar la empresa criminal. Será en este caso utilizado como patrimonio de explotación.

transporte, diversión, etcétera.

El producto del delito lo consideramos como aquel bien obtenido mediante la comisión de un delito, que ingresa en el patrimonio del delincuente o en el de un tercero, y que puede ser destinado como patrimonio de derecho común o como patrimonio de explotación.

De acuerdo con Gutiérrez y González, un patrimonio de explotación es:

El conjunto de bienes, derechos y obligaciones pecuniarias de una persona, destinados a su circulación en el comercio jurídico, y se caracteriza por la falta de

²⁵ Ernesto Gutiérrez y González, *El patrimonio*, op. cit., p. 407.

En el producto del delito, y muy en particular el destinado como patrimonio de explotación, radica la capacidad económica del crimen organizado.

III. 4. Objeto del delito

El objeto del delito es aquel bien que es tutelado por el derecho penal. Ante un homicidio, el objeto del delito será el bien tutelado que es la vida humana.

Así también, por ejemplo, tenemos un automóvil para el caso del robo de automóviles, o el inmueble materia del despojo. En ambos casos la tutela es con respecto a la propiedad privada.

Como se desprende de la noción que hemos dado, no hay posibilidad de que el objeto del delito ingrese *ipso iure* en el patrimonio del delincuente. El robo de un vehículo o el despojo de un inmueble no le dará al delincuente la propiedad de dichos bienes. Siguiendo la tesis de Savigny, tendrá un simple corpus y siguiendo la de Ihering, sólo la posesión; pero habrá de seguir un más o menos largo camino, observando las reglas de la usucapión para hacerse de dichos bienes.

Ello se explica si consideramos que no perdemos la propiedad si nos roban o nos despojan de una cosa que nos pertenece.

Recordemos que el derecho real nos da la posibilidad de perseguir la cosa de la que hemos sido desposeídos.

¿Cabría la posibilidad de extinguir el dominio con respecto de los bienes sobre los cuales el delincuente no tiene un derecho real ni personal, sino su simple detención? ¿Tendría el delincuente un verdadero dominio jurídico sobre los bienes?

Pongamos el caso del robo de automóviles. El Estado no podría extinguirle nada al delincuente, porque nunca tuvo derecho alguno sobre los vehículos robados. El derecho real de propiedad es titularidad del sujeto pasivo del robo del o los vehículos.

En *Extinción de dominio* Saúl Cota Murillo comenta lo siguiente:

Además, si existiera una organización criminal que se dedicara al robo de autos para dismantelarlos y vender sus piezas por separado, como todos los actos son parte de la actividad criminal organizada, también podría considerarse que procede la extinción de dominio del vehículo (con independencia de que se encuentre en una pieza o en partes).²⁶

Opinión que consideramos incorrecta dado que para extinguir un derecho, primero debe existir ese derecho. En el caso de los vehículos robados, el delincuente no tiene derecho de propiedad alguno, sino una simple posesión.

Situación distinta si nuestro hipotético delincuente tuviera derechos reales sobre muebles o inmuebles o bien derechos personales como depósitos de dinero, rentas

²⁶ Saúl Cota Murillo, en Jaime M. Marroquín Zaleta (comp.), *op. cit.*, p. 71.

Veinticinco Aniversario

por arrendamientos, etcétera. En esos casos sí existen derechos constituidos aptos para ser extintos.

Continuemos con el análisis de las reformas del artículo 22 constitucional: “*b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.*”

De lo anterior se sigue que se refiere a los bienes utilizados para ocultar los bienes producto del delito.

Recordemos, primeramente, lo que entendemos por producto del delito, y que es aquel bien resultado del hecho ilícito, que ingresa en el patrimonio del delincuente o en el de un tercero a su servicio y que puede ser utilizado o no como patrimonio de explotación.

Ejemplo de bienes corpóreos utilizados para ocultar el producto del delito son los inmuebles donde se encuentren resguardados los rescates de un secuestro o los recursos obtenidos por la venta de enervantes,²⁷ o bien inmuebles donde se resguarden vehículos que han sido adquiridos por la delincuencia organizada con dinero obtenido a través de conductas delictivas.

Ejemplo de bienes incorpóreos utilizados para ocultar el producto del delito lo tendríamos en las acciones en una sociedad mercantil adquirida con recursos resultado de ilícitos penales en delincuencia organizada. O también el caso de derechos de crédito creados a partir de la celebración de un contrato de depósito con una institución bancaria cuando la cuenta se encuentre sujeta a pago de rendimientos. Los rendimientos del dinero en depósito se mezclarían con el capital depositado.

Como vemos, la norma sólo permite la extinción de dominio con respecto a los bienes utilizados para ocultar o mezclarse con el producto del delito dejando un vacío respecto de los bienes utilizados para ocultar o mezclarse con el objeto del delito y los bienes utilizados para ocultar o mezclarse con el instrumento del delito. Creemos que la extinción sí puede extenderse a esos bienes dado que no se trata de una ley penal, siendo factible recurrir a la analogía *minus ad maiorem*.

III. 5. Los terceros titulares de bienes utilizados o producidos por el crimen organizado

La delincuencia organizada se vale con frecuencia de la participación activa o pasiva de terceros para ocultar los bienes producto del delito. Así, tenemos un novedoso régimen que se traduce en los incisos c) y d) de la reforma al artículo 22 constitucional y que busca impedir tan eficaz práctica desempeñada por el crimen organizado.

²⁷ Es extensivo a las bolsas maletines, cajas de seguridad y demás muebles utilizados para ocultar el producto del delito. ¿Cabría la posibilidad de extinguir el dominio de las cajas de seguridad de una institución de banca donde se guarde el dinero producto de conductas ilícitas asociadas a la delincuencia organizada? ¿Qué ocurre si los funcionarios bancarios tuviesen conocimiento del origen de los depósitos de la delincuencia organizada?

El inciso c) de la reforma prescribe que: “c) *Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.*”

La acción de extinción se dirigirá, en este caso, en contra del titular del bien que está siendo utilizado por un tercero en la comisión del delito, siempre que el titular tenga conocimiento de ello, además de no haber dado aviso a la autoridad o bien, haya intentado impedir la comisión o el uso en la comisión.

Como ejemplo tendríamos el inmueble dado en arrendamiento que está siendo utilizado para acuñar moneda falsa, trata de personas, retener al secuestrado, esconder piezas de automóviles robados, etcétera.

El propietario del inmueble, en este caso, el arrendador, estaría pasivamente legitimado para ser demandado en extinción de dominio si tenía conocimiento de los ilícitos y no hizo por impedirlos o notificarlos a las autoridades.

El caso de bienes muebles sería el de un dueño de vehículos de transporte de pasajeros que son utilizados para traficar con indocumentados.

La sanción represiva civil de la que será sujeto el propietario en los casos en comento gravita sobre la omisión en su deber de informar sobre el delito cuando tenga conocimiento de él o en su omisión de impedirlo.

Sobre de ello tenemos la avispada interrogante que se formula Margadant y que consideramos plausible traer a colación:

Un interesante problema al respecto nos ofrece D.50.17.50, al decir: no tiene culpa el que sabe, pero no puede impedir. ¿Cómo podemos interpretar aquí la palabra puede? ¿Cómo posibilidad física o como imposibilidad también reconocida por el sentido común? Muchas veces, cuando presenciamos un delito podemos físicamente intervenir, pero nuestra intervención sería un acto insensato que sólo nos causaría daños a nosotros mismos, sin aprovechar a nadie. Bartolo opinaba que únicamente quienes por su oficio debían defender a otros, incurrían en culpa si no impedían un delito intencionado que llegara a su conocimiento, opinión que parecía tan perversa a Baldo que nos asegura que por tal monstruosidad el alma de su famoso maestro esta ardiendo en los infiernos.²⁸

Ejemplo de bienes corpóreos utilizados para ocultar el producto del delito son los inmuebles donde se encuentren resguardados los rescates de un secuestro o los recursos obtenidos por la venta de enervantes.

²⁸ Guillermo Floris Margadant Spanjaerd, *El derecho privado romano*, 26ª. ed., México, Esfinge, 2001, p. 440.

Veinticinco Aniversario

Íntimamente vinculado con la anterior disposición se encuentra el inciso d) de la reforma y que establece: “*d) Aquellos que estén intitulado a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.*”

Este inciso, similar a su antecedente, en lo que toca a la existencia de un tercero, tiene su diferencia en que se limita al producto del delito en el patrimonio del tercero referido y no versa sobre el instrumento u objeto del delito.

La posible complicidad del tercero es lo que motivaría la acción ante la ilegitimidad de su título si encuentra un nexo de causalidad entre la pasividad deliberada del tercero y las conductas ilícitas que lograron el incremento en su patrimonio.

Como ejemplo tendríamos los depósitos en dinero, inmuebles, etcétera; que son resultado de conductas delictivas intitulado a nombre del cónyuge, parientes, empleados o amigos del delincuente.

¿Podría darse el caso de que un bien producto del delito se encuentre en el patrimonio de un tercero sin que éste tenga conocimiento de ello? Opinamos que sí.

En caso dado, Al no percatarse el tercero del incremento en su patrimonio ¿podríamos concluir que no haya obtenido una ventaja ilícita? No necesariamente en la medida de que basta que se acrediten los elementos del cuerpo del delito demostrándose, además, ante el juez civil, el nexo entre el egreso ilícito de bienes de un patrimonio y el ingreso en el patrimonio del tercero.

Si bien este tercero no se condujo pasivamente de manera deliberada para ocultar los bienes del delincuente, tampoco es lícita su ganancia dado que no podemos decir que propiamente se haya celebrado un acto jurídico traslativo de dominio en la tesitura de que al acto jurídico implica la manifestación de la voluntad, además de la intención de producir las consecuencias de derecho; para el caso, no se manifestó voluntad alguna.

Surge entonces ahora el problema, si no se celebró un contrato traslativo de dominio. ¿A quién se le debe extinguir el dominio? Opinamos que en todo caso habría inexistencia del acto jurídico y si consideramos que los tribunales federales han sentenciado que la inexistencia tiene las mismas consecuencias que la nulidad absoluta, entonces deberían devolverse recíprocamente los bienes entre los aparentes contratantes. Verbigracia, ordenar el regreso de un predio a una inmobiliaria, la devolución del capital pagado por él y entonces sí, extinguir el dominio con respecto de este capital dado que este sí se encuentra en el patrimonio del delincuente.

IV. El derecho civil como garantía democrática frente al derecho penal del enemigo

Algunas voces de autoridades en la ciencia penal consideran la extinción de dominio como una herramienta del señalado derecho penal del enemigo.

104 **alegatos**, núm. 77, México, enero / abril de 2011

Las supuestas violaciones al principio de *ne bis in idem*, la simple integración de los elementos del cuerpo del delito, entre otras características de la institución a estudio, hacen que algunos autores identifiquen la extinción de dominio como un instrumento de la tendencia de enemistad penal.

Como hemos mencionado, la extinción de dominio no es tan novedosa como aparenta, por tanto, no coincide con el momento histórico que vive el derecho penal del enemigo.

Al respecto tenemos que:

No debemos confundir leyes carentes de base jurídico filosófica, con el derecho penal del enemigo, pues como hemos puesto de manifiesto, las características de este derecho son principalmente el adelantamiento de la punibilidad, penas proporcionalmente altas y que ciertas garantías procesales sean relativizadas. Situación que en el caso de la LFED, no acontece, pues esta ley no es parte del ordenamiento jurídico penal.²⁹

En efecto, la ley federal de extinción de dominio no es una ley penal.

El autor tiene el mérito de no dejarse llevar por la moda y atribuir un sospechoso tinte de derecho penal del enemigo a una nueva ley del orden jurídico mexicano. Empero no coincidimos con la idea de que la novedosa disposición carezca de sustento jurídico-filosófico. Consciente o inconscientemente, el legislador cae en la cuenta sobre el papel actual que los derechos pecuniarios juegan en la sociedad.

Hoy día, los derechos patrimoniales pecuniarios no tienen el alcance que solían tener hace cincuenta años, y menos aún los de hace dos mil.

Los derechos pecuniarios no son absolutos y no podemos hacer con ellos lo que nos venga en gana.

El derecho patrimonial pecuniario que mejor ejemplifica el argumento es el derecho real de propiedad.

La propiedad no es el derecho absoluto de la época clásica romana, ni el amplísimo derecho que consagró el Código de Napoleón de 1804 o como fue enseñada en los tratados de R.J. Pothier.

El Derecho tiene una función social. No es ya la facultad metafísica individualista que formalmente protegía al burgués.

El derecho civil contemporáneo no protege derechos *a priori* sino que protege funciones que se han de ejercitar nunca en contra del beneficio de la sociedad. Presupuesto de todo ello es la división del trabajo social.

Evocando a Auguste Comte y al mismo Durkheim, Leon Duguit reveló la importancia de la división del trabajo en el campo jurídico:

²⁹ Edgar Iván Colina Ramírez, *op. cit.*, p. 46.

Veinticinco Aniversario

La división del trabajo social: he ahí el gran hecho moderno, he ahí el gran eje central, en cierto modo, sobre el cual evoluciona hoy el derecho. Cada hombre, cada grupo de hombres, ya sea el dictador supremo de un país o el más modesto de los súbditos, ya sea un gobierno o un parlamento omnipotente o una modesta asociación, tiene una cierta tarea que cumplir en el vasto taller que forma el cuerpo social. Esta situación esta determinada por la situación que de hecho ocupa en la colectividad. No tiene derechos subjetivos; no puede tenerlos, porque un derecho es una abstracción sin realidad. Pero por lo mismo que es miembro de una sociedad tiene la obligación, de hecho, de cumplir una cierta función social, y los actos que realiza para este fin tienen un valor social y serán socialmente protegidos.³⁰

La ausencia de derechos subjetivos nos evoca a la teoría kelseniana de la inexistencia de los mismos dado que se trata del reflejo de la obligación de otro individuo.

Los derechos patrimoniales no son facultades sino funciones que se ejercen en pro de la sociedad. Duguit aclara sobre la fundación de su modelo jurídico: “El sistema jurídico de los pueblos modernos tiende a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y a los grupos. El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo orden que se elabora es de orden realista”³¹

Antaño, los derechos patrimoniales descansaban en la idea de facultades absolutas de la persona humana. La Idea de la función social del derecho es la piedra angular de la estructura filosófica de Duguit. Sobre la función social del derecho, nos dice el profesor de la universidad de Burdeos: “*Pero todo individuo tiene en la sociedad una función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social*”³²

Considerando que no existen derechos subjetivos, tanto los derechos reales como los personales, carecen de esa característica de “facultad” individual de su titular o titulares. Los derechos subjetivos no son sino funciones que se han de ejercer en la sociedad a efecto de que ésta se mantenga estable y unida.

Una de sus ideas características es la de propiedad función social, sobre la cual expresa:

Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón del lugar que en ella ocupa. El poseedor de la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee... la pro-

³⁰ León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, México, Ediciones de Palma, 2007, p. 35.

³¹ *Ibidem*, p. 21.

³² *Ibidem*, p. 33.

piedad no es pues el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.³³

De este modo, los derechos patrimoniales pecuniarios que son destinados a la subsistencia de la actividad criminal están lejos de atender a la misión social del derecho.

La filosofía de la extinción de dominio comulga con la idea de que el derecho sólo puede ejercerse cuando se contribuye al bienestar social.

Un uso distinto fundamenta y motiva la privación de tales derechos en beneficio de la sociedad. El fundamento formal lo encontramos en el artículo 16 del Código Civil para el Distrito Federal que determina que: “Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas”.

Ahora bien, a pesar del carácter funcional de los derechos patrimoniales pecuniarios, éstos son tutelados por el orden jurídico. La ley a estudio plantea que basta acreditar el cuerpo del delito ante el juez civil para que la acción prospere. Empero, la demostración del cuerpo del delito estará sujeta a prueba durante el proceso civil.

Las partes tendrán su oportunidad de ofrecer sus pruebas para desvirtuar las respectivas afirmaciones. Muchas son las salidas que tiene el demandado para salir airoso en el proceso civil sin necesidad de desvirtuar el cuerpo del delito, como lo es argumentar falta de legitimidad pasiva y otras alternativas que saltan debido a las deficiencias técnico-jurídicas de la ley.

En todo caso, siempre tendrá la oportunidad de ser oído y vencido en juicio.

En cambio, el derecho penal del enemigo se caracteriza por adelantar la punibilidad haciendo uso de rápidas y agresivas prácticas, como cateos, intervención de comunicaciones, arraigos, incomunicaciones *aet sit cetera*, todas carentes de un eficaz control judicial.

El Derecho penal del enemigo trata al imputado precisamente como un enemigo y, por ende, le priva de las mismas garantías que tiene el imputado común. Las prácticas arriba enunciadas tienen la característica de que no existe un medio de defensa previo a su ejecución, como sí ocurre con la extinción de dominio. En la extinción de dominio, el procedimiento se ciñe a la cabal observancia del debido proceso legal.

De no probar sus afirmaciones, el actor, que es el Estado, el juez tiene el deber de absolver al demandado de las prestaciones reclamadas.

En el derecho penal del enemigo no se ve por ningún lado oportunidad alguna para contestar imputación alguna y menos aun para ofrecer prueba de descargo.

La realidad es que nuestro orden jurídico penal esta transitando a una fase de dureza político criminal. La política criminal tiene una clara tendencia hacia la represión.

³³ León Duguit, *op. cit.*, p. 240.



Sin necesidad de dispararse un solo tiro, el derecho civil ofrece una inteligente y eficaz alternativa al combate de la delincuencia respetando las garantías constitucionales.

Sin necesidad de dispararse un solo tiro, el derecho civil ofrece una inteligente y eficaz alternativa al combate de la delincuencia respetando las garantías constitucionales.

V. Conclusión

Gayo ya consideraba a las acciones como parte del campo de estudio del derecho civil. La acción de extinción de dominio, observadora en su esencia del respeto a la persona como fin primordial del derecho civil, guarda un equilibrio claro entre la protección a la comunidad mediante la extinción de los derechos patrimoniales pecuniarios atribuidos al crimen organizado, y el respeto de la garantía de audiencia que debe regir en todo régimen que se precie de ser democrático.

De esta forma, el demandado no recibe el trato de un enemigo. No es etiquetado como un individuo que ha caído en desgracia carente de las mismas garantías que tienen los demás ciudadanos. La persona en el derecho civil es tratada como un igual.

Evocando a Riper y Boulanger, un individuo puede dejar de ser trabajador y salir de la órbita protectora del derecho laboral, puede o no ser sujeto de un proceso penal y de ello depender la operatividad de las normas punitivas; pero a lo largo de toda su

³⁴ Máximo Pavarini, *et al.*, *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*, Cnacyt/Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia/Ediciones Coyoacán, 2006. p. 14.

vida nunca dejará de ser persona, por lo que el derecho civil habrá de darle siempre cobijo.

En la acción de extinción de dominio la persona demandada tiene el inherente carácter procesal de parte a lo largo de todo el juicio con todas las prerrogativas que conlleva y que demuestran cómo el combate al crimen organizado, puede desempeñarse con efectividad sin recurrir a la violencia. Todo ello mediante el respeto a las garantías fundamentales a través del derecho civil.

Como hemos venido insistiendo, el crimen organizado ha sabido aprovechar el patrimonio pecuniario para acrecentar sus actividades antisociales.

Las penas que impone el derecho penal no han sido lo suficientemente efectivas para ponerle un alto a la delincuencia organizada. El derecho civil aporta una valiosa herramienta con la extinción de dominio. Herramienta que, prudentemente utilizada, es susceptible de asestar un golpe a las organizaciones criminales neutralizando su estructura patrimonial pecuniaria sin menoscabar las garantías constitucionales.

Bibliografía

- Carnelutti, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. T. I. México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005.
- Colina Ramírez, Edgar Iván. *Consideraciones generales sobre la Ley de Extinción de Dominio*. México, Ubijus, 2010.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Duguít, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. México, Ediciones de Palma, 2007.
- Encyclopaedia Britannica. *Encyclopaedia Britannica*. T. 2. Chicago, EU, Encyclopaedia Británica Inc., 1973.
- Guarneri, José. *Las influencias del derecho civil en el derecho penal*, Puebla. México, José M. Cajica Jr., 1952.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio*. 8ª. ed. México, Porrúa, 2004.
- . *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*. 3ª. ed. México, Porrúa, 2008.
- Johnson, E.L. *El sistema jurídico soviético*. Barcelona, Ediciones Península, 1974.
- Ley Federal de Extinción de Dominio.
- Margadant Spanjaerdt, Guillermo Floris. *El derecho privado romano*. 26ª. ed. México, Esfinge, 2001.
- Marroquín Zaleta, Jaime M. (comp.). *Extinción de dominio*. 4ª. ed. México, IJF/Porrúa, 2010, 390 pp. (Cimientos de la Jurisdicción, 1).

Veinticinco Aniversario

Martínez, Bastida Eduardo. *Comentarios a la Ley de Extinción de Domino para el Distrito Federal*. 2ª. ed. México, Raúl Juárez Carro Editorial, 2010.

Mommsen, Teodoro. *Derecho penal romano*. Editorial Temis. Bogota Colombia 1976.

Ontario Civil Remedies Act.

Pavarini, Máximo *et al.* *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*. Cnacyt/ Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia/Ediciones Coyoacán, 2006.

Ramírez Marín, Juan. *Seguridad pública y Constitución*. México, Porrúa, 2003.

Stanley Turberville, Arthur. *La inquisición española*. México, FCE, 1994 (Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2).