

Constitución y régimen de extinción de dominio en Panamá

Constitution and domain forfeiture regime in Panama

Por

Armando Padilla*

Resumen: *A través de esta investigación, el autor nos brinda un análisis exhaustivo de la figura del decomiso, desde un marco conceptual y normativo, con especial énfasis en el fundamento constitucional de esta figura en Panamá. A través del desarrollo de la investigación nos presenta las características y antecedentes de la extinción de dominio, destacando en sus apreciaciones un análisis jurídico-normativo desde la figura de la expropiación, la nulidad absoluta de los contratos, el decomiso penal, el proceso de decisión sumaria anticipada de la carga de la prueba a la jurisprudencia de cuentas y congelamiento preventivo. El autor concluye que constituye un esfuerzo de la comunidad internacional para combatir la delincuencia organizada transnacional.*

Palabras Clave: *Extinción de dominio, bienes ilícitos, expropiación, crimen organizado, debido proceso, código procesal penal, confiscación de bienes.*

Abstract: *Through this research, the author provides us with an exhaustive analysis of the forfeiture figure, from a conceptual and regulatory framework, with special emphasis on the constitutional foundation of this figure in Panama. Through the development of the research, he presents the characteristics and background of the extinction of domain, highlighting in his appreciations a legal-regulatory analysis from the figure of expropriation, the absolute nullity of contracts, criminal confiscation, the process of anticipated summary judgement, from the burden of proof to the jurisprudence of accounts and preventive freezing. The author concludes that it constitutes an effort by the international community to combat the transnational organized crime.*

Key Words: *Domain extinction, illicit assets, expropriation, organized crime, due process, code of criminal procedure, confiscation of assets.*

*El autor es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Ex Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) del Ministerio de Asuntos Exteriores de España. Especialista en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada, España. Ha sido profesor visitante de la Universidad de Salamanca y ha impartido conferencias en la Universidad Pública de Navarra - Pamplona. Miembro Suscriptor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, sección Panamá. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Santa María La Antigua (USMA).

I. Introducción

El presente estudio abordará el régimen de extinción de dominio, temática que despierta mucho interés y levanta amplia discusión en el foro. Previo dibujo conceptual del instituto, le daremos una mirada a sus características, así como a su justificación como respuesta a fenómenos de la delincuencia organizada transnacional. También resulta necesario contrastar este régimen con otras instituciones en nuestro medio, algunas elevadas a rango constitucional. Y, por supuesto, exploraremos su impacto en el derecho constitucional para buscar respuestas a preguntas sobre su compatibilidad con la cúpula de nuestro ordenamiento jurídico.

Para alcanzar este propósito, tendremos que remontarnos a los antecedentes de la extinción de dominio en el derecho panameño para comprobar que algunos de sus rasgos más característicos preexisten, incluso, con una antigüedad que puede resultar sorprendente para algunos y que, incluso, han sido motivo de pronunciamientos a lo largo de los últimos años por parte de la jurisprudencia constitucional.

Advierto que este análisis no aborda las peculiaridades del proyecto de ley 625 sobre extinción de dominio de bienes ilícitos, dado que aún se encuentra pendiente de discusión legislativa, por lo que, en su lugar, nos remitiremos a cualidades más sobresalientes contenidas en instrumentos internacionales y en el derecho comparado y en la jurisprudencia constitucional comparada.

II. Concepto

La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de las actividades ilícitas que se traduce en la pérdida, a favor del Estado, de derechos sobre bienes con origen o destinación ilícita, mediante sentencia judicial, sin contraprestación ni compensación. Aunque, para precisar, más bien se trata de una declaratoria de inexistencia de un derecho aparente, cuyo origen sea ilícito.

Como instituto jurídico, la extinción de dominio se configura con el nexo entre actividades ilícitas, bienes y causales de extinción.

- Actividad ilícita

Siguiendo la Ley Modelo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “Actividad ilícita” es toda actividad tipificada como delictiva, aun cuando no se haya dictado sentencia, así como cualquier otra actividad que el legislador considere susceptible de aplicación de esta ley.

En el derecho comparado existen distintos modelos de entendimiento de las actividades ilícitas, desde aquellos de amplio espectro que dirigen la extinción de dominio sobre un extenso supuesto de actividades y bienes ilícitos adquiridos “con grave deterioro de la moral social” (Artículo 34 de la Constitución de Colombia) hasta otros modelos que enfocan su aplicación hacia un número cerrado de ilícitos que con mayor afectación social, como Argentina, por ejemplo.

Vale aclarar que el derecho comparado y la doctrina tienen preferencia en denominar actividades ilícitas y no delitos, ni delitos precedentes, porque en la extinción de dominio solo se analiza los elementos objetivos del delito (aspecto objetivo del tipo), mas no sus subjetivos (el dolo) ni la culpabilidad. Es decir, la extinción de dominio valora solo algunos aspectos de la estructura del delito.

- Bienes

“Bienes” son activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Es decir, son considerados como tales, desde casas y autos, hasta acciones o derechos de autor.

- Causales o presupuestos de extinción

Las causales o presupuestos de extinción relacionan las actividades ilícitas con bienes de naturaleza ilícita. Estas causales se refieren a bienes con origen ilícito y bienes con destinación ilícita. Según la Ley Modelo de UNODC, estas pueden referirse a lo siguiente:

- a. Bienes que sean producto de actividades ilícitas.
- b. Bienes que sean instrumentos de actividades ilícitas.
- c. Bienes que sean objeto material de actividades ilícitas.
- d. Bienes que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.

- e. Bienes de origen lícito utilizados para ocultar bienes de ilícita procedencia.
- f. Bienes de origen lícito mezclados con bienes de ilícita procedencia.
- g. Bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
- h. Bienes que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
- i. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, embargo preventivo o aprehensión material.
- j. Bienes de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre el mismo bien.

Una vez que estos elementos se perfeccionen dentro de un proceso judicial, jueces extinguen el dominio de los bienes o, mejor dicho, declaran la inexistencia del aparente derecho de propiedad.

Con esta herramienta, el Estado recupera dicho patrimonio para devolverles su función social de modo que, mediante subastas u

otros mecanismos de monetización, los fondos obtenidos se invierten en proyectos de prevención del delito y/o para dotar a las instituciones de seguridad y justicia de recursos para continuar la lucha contra la delincuencia.

III. Fundamento constitucional de la Extinción de Dominio en Panamá

La razón del surgimiento de la extinción de dominio se ha identificado en la necesidad de reafirmar los valores ético-sociales y fomentar la cultura de legalidad. La situación de violencia, corrupción y descomposición social, como resultado del incremento de fenómenos criminales como el narcotráfico, el terrorismo, el secuestro, el sicariato y la extorsión, entre otros, llevó a que en el ámbito regional se reconociera una crisis de principios y valores ético sociales, entre los que destaca los valores del trabajo y el desarrollo de la libre empresa como fuentes legítimas de riqueza o el derecho a la propiedad adquirida y con respeto del orden jurídico y ejercido dentro de un marco de función social (Santander: 2018).

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en su jurisprudencia sobre extinción de dominio, sostiene que un orden justo solo puede ser fruto de unas prácticas sociales coherentes con esos fundamentos. No se puede asegurar orden justo alguno si a los derechos no se accede mediante el trabajo honesto sino ilícitamente, y si en el ejercicio de los derechos lícitamente adquiridos priman intereses egoístas sobre los intereses generales (Sentencia C-740, 2003).

La comunidad internacional también ha aceptado que la tradicional respuesta penal no ha podido frenar nuevas formas de impunidad, especialmente, la impunidad patrimonial. Según estimaciones, los flujos financieros producto de actividades ilícitas pueden alcanzar el 5% del PIB mundial, mientras que la recuperación de estos activos alcanza cifras ínfimas (Santander: 2018). Estos flujos permean las actividades económicas y son capaces de condenar a la bancarrota a empresas honestas y a que desaparezcan plazas de trabajo honrados ante la imposibilidad de competir con negocios cuya razón de ser es el blanqueo de capitales. De ahí que la lucha contra la criminalidad organizada ve necesario recurrir a otras estrategias distintas a la penal, desde un enfoque patrimonial.

Este abordaje ha encontrado sustento en la función social de la propiedad privada que aparece con la Constitución mexicana de Querétaro y la Constitución alemana de Weimar, y que en Panamá se remonta a la Constitución de 1941, como la primera de corte social.

En la actualidad, la propiedad privada contenida en el artículo 47 de la Constitución Política panameña, inspirada en la citada óptica social, proclama que: “Se garantiza la propiedad privada adquirida con arreglo a la Ley por personas jurídicas o naturales”. Dicho en otras palabras, merece protección constitucional la propiedad obtenida según el ordenamiento jurídico; y, están excluidas aquellas de carácter ilícito.

La Constitución también establece en su artículo 48:” La propiedad privada implica obligaciones para su dueño por razón de la

función social que debe llenar...” . La función social de la propiedad consiste en un conjunto de obligaciones del dueño, entre las que se encuentra, que dicho bien no sea destinado a fines ilícitos. Por ejemplo, si un bien inmueble es utilizado como punto de venta de drogas, o para ocultar personas secuestradas o para desarrollar actividades propias de la trata de personas, el carácter ilícito de su destinación o uso supone un incumplimiento de las obligaciones del propietario relacionadas a la función social y, por tanto, dicho inmueble estaría excluido del amparo constitucional.

En la jurisprudencia constitucional comparada sobre extinción de dominio, con fallo de 146-2014/107-2017-Inconstitucionalidad la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador sostuvo que “

... El art. 103 inc. 1 Cn. prescribe que “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”. La función social, vinculada consustancialmente a las facultades subjetivas del propietario, supone que éste, al mismo tiempo que extrae provecho particular a sus bienes, debe cumplir determinadas obligaciones y deberes públicos a fin de posibilitar la utilidad y el beneficio colectivo que los bienes reportan (Sentencia de 12-I-2018, Inc. 107-2014 e Inc. 57-2005, ya citada). Su concreción depende de la clase de propiedad privada de que se trate, pero en cualquier caso lo que perseguirá es una mayor productividad o uti-

lización de los bienes que redunde en el beneficio general. Un bien destinado a actividades ilícitas no cumple ninguna función social.

El art. 103 inc. 1 Cn. no solo vincula al propietario del bien, sino que también vincula al legislador. Por tal razón, la extinción de dominio constituye un mecanismo mediante el cual la Asamblea Legislativa establece una norma regulativa del derecho de propiedad que es acorde con su función social...” (subrayado nuestro).

Por tanto, la extinción de dominio tiene naturaleza constitucional. No precisamente porque esté recogida expresamente en la Constitución. De hecho, la mención de este instituto en el texto constitucional es muy excepcional, porque tan solo Colombia, México y República Dominicana tienen plasmada la extinción de dominio en sus respectivas constituciones. Incluso, Colombia incorporó por primera vez la extinción de dominio a su ordenamiento jurídico vía legislación (artículo 57 del Decreto 2790 de 1990) y solo posteriormente, fue elevada a nivel constitucional (Constitución colombiana de 1991). Además, más que una condición de constitucional, la incorporación de esta figura a la Carta Magna persigue asegurar su perdurabilidad en el ordenamiento jurídico que eviten su abolición posterior. Igualmente, sanciones penales como el comiso no aparecen siquiera mencionadas en las constituciones y no por eso serían inconstitucionales, debido al principio de fundamentalidad de la Constitución (La Constitución recoge solo lo esencial).

En fin, la extinción de dominio tiene naturaleza constitucional, decíamos, porque protege el fin social de la propiedad privada, y defiende el patrimonio adquirido legalmente y aquel cuyo uso se corresponde con dicha función.

IV. Características

- Autonomía e Independencia

La extinción de dominio está dirigida a crear un régimen autónomo e independiente de cualquier otro. Aunque reconoce sus raíces en el derecho civil y en el derecho penal, persigue desvincularse de sus fundamentos, instituciones y procedimientos.

A diferencia del proceso penal, la acción de extinción de dominio no se dirige sobre personas sino sobre bienes ilícitos. No es un instituto puramente civil, porque no trata de la relación entre particulares, sino que es un instrumento de política criminal que afecta patrimonio ilícito como vehículo para debilitar a las organizaciones criminales. No pertenece al ámbito administrativo, ya que involucra restricciones a derechos fundamentales que solo pueden autorizar entes jurisdiccionales.

Se trata, pues, de un nuevo derecho que pretende emanciparse del derecho ordinario, abriéndose paso como en su momento lo hicieron otras ramas del derecho. La búsqueda de esta individualización lo lleva a diseñar legislación, instituciones y procedimientos especializados.

Como consecuencia de lo anterior, no requiere la existencia de sentencia penal previa. Esta característica se explica porque el proceso de extinción de dominio tiene su propio objeto y causa a pedir, que son distintos a cualquier otro.

Respecto al proceso penal, este atribuye a una persona la concurrencia de los elementos del delito (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y la pena, mientras que la extinción de dominio trata sobre los nexos entre actividades ilícitas, bienes y causales de extinción y su consecuencia patrimonial. Incluso, respecto al delito, como hemos visto antes, en la extinción de dominio solo se debate la concurrencia de los aspectos objetivos del tipo penal, y no de los subjetivos. De modo tal que no hay identidad sobre el objeto entre el proceso penal y el de extinción.

- Acción In rem

Como hemos dicho antes, la aplicación de la extinción de dominio recae sobre bienes, sobre la cosa, no sobre personas. De ahí que este instituto provee un espacio para la discusión judicial sobre el origen o destinación ilícita del patrimonio.

Esta distinción, al poner de manifiesto su objeto, impacta sobre el régimen de derechos y garantías imperante. Las imágenes de los derechos protegidos dentro del proceso penal son reemplazadas por otras que corresponden al régimen civil, precisamente, porque su objeto es el patrimonio. Por ejemplo, en la extinción de dominio es inejecutable la presunción de inocencia porque no puede pre-

sumirse la inocencia de un bien inmueble o un automóvil cuyo derecho pretende extinguirse. Dada la naturaleza del instituto, acción y proceso, en la extinción de dominio brillaría el principio de presunción de la buena fe, contenido en el artículo 419 del Código Civil según el cual “La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe del poseedor corresponde la prueba”, al igual que el artículo 1109 de la misma excerta: Los contratos obligan al cumplimiento de lo pactado según sean conformes a la buena fe.

- Intemporal

Los efectos de las leyes de extinción de dominio se denominan “retrospectivos” porque son capaces de alcanzar bienes ilícitos, incluso, antes de la aprobación de su marco legal. Pero ¿cómo esto es posible? Porque en lugar del principio de favorabilidad, aplicable en materia criminal (artículo 46 constitucional), para efectos de la situación jurídica de los bienes adquiridos o con destinación ilícita, rige la teoría de los derechos adquiridos. Según esta, los actos ilícitos no generan justo título, ni una situación jurídica consolidada, ni derechos adquiridos. Es como si nunca hubiesen existido. El título de propiedad es solo aparente. La extinción de dominio se ocupa solo de declarar la inexistencia de supuestos derechos obtenidos aún en el pasado.

La intemporalidad de la extinción es consecuente con la doctrina dominante sobre los derechos reales, a la luz de la cual estos se adquieren solo en la medida que medie el título y el modo previsto en la ley. En el caso de los bienes de origen ilícito, el individuo carece

de un justo título que lo legitime a adquirir el derecho de dominio, pues, aunque se verifique el perfeccionamiento del modo, ninguna persona puede alegar válidamente como título legítimo de propiedad, la comisión de una conducta prevista en la ley como ilícita (Martínez: 2015).

En cambio, los propietarios con justo título, las leyes no son retroactivas, porque dichas leyes no pueden alterar o cambiar una situación jurídica consolidada y que resulta en derechos adquiridos.

- Jurisdiccional

La extinción de dominio tiene carácter jurisdiccional porque toda decisión que restrinja derechos fundamentales no puede situarse en autoridades de carácter administrativo.

Tribunales constitucionales de la región se han pronunciado sobre esta particularidad. El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, a través de Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013, sostuvo lo siguiente:

Entonces, la acción de extinción de dominio, no puede darse a través de un procedimiento administrativo, por el carácter de la acción y dada la connotación en la afectación a derechos individuales de las personas; ya que, esa “naturaleza administrativa” no asegura que se cumplan estándares mínimo inherentes a la garantía del debido proceso,

porque la “naturaleza administrativa” de un proceso, pone a éste en manos de autoridades de esta naturaleza, con total ausencia de probidad, que no garantizan independencia ni imparcialidad, por su vinculación a funciones que son propias del Órgano Ejecutivo, quien en las acciones de extinción de dominio podría aparecer como juez y parte, en evidente concentración de funciones, lo que indudablemente lesionaría derechos y garantías constitucionales” (citado por Santander: 2017).

De ahí que la extinción de dominio no podría dictarse a golpe de decreto o mediante tribunales en la órbita administrativa, sino judicial.

V. Antecedentes del Régimen de Extinción de Dominio en el derecho panameño

Vistas las principales características de la extinción de dominio, hay que preguntarse ¿qué tan novedoso pueden ser alguno de estos rasgos en el derecho panameño? Para responder a esta interrogante, haremos una mirada retrospectiva para comprobar que varias de dichas cualidades encuentran antecedentes en el ordenamiento jurídico y jurisprudencia nacional. Veamos:

1. La Expropiación

En Panamá, la expropiación está regulada constitucionalmente por los artículos 48 y 51. Según jurisprudencia constitucional nacional,

estas disposiciones expresan dos formas de expropiación: la ordinaria y extraordinaria.

En el caso de la expropiación ordinaria, la misma ocurre cuando una ley señala los motivos de utilidad pública o de interés social que el bien que va a ser expropiado debe satisfacer. En este supuesto, es necesario que un J. decreta la expropiación, fije la indemnización, y que el Estado pague el monto establecido, antes de que se haga la transferencia del bien; mientras que, la expropiación extraordinaria la Constitución otorga al Órgano Ejecutivo la facultad para decretar la expropiación de un bien o su ocupación material, cuando existan motivos derivados de un estado de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente, que exijan la toma de medidas inmediatas para atender tales situaciones... implica una limitación temporal de los derechos reconocidos al propietario, principalmente el uso y disfrute, pero que no genera una pérdida de la propiedad (fallo del 12 julio de 2010 bajo ponencia del magistrado Oyden Ortega).

Como es sabido, en la expropiación no se discute el origen del bien, ni su origen. Tampoco el debate recae sobre una supuesta vinculación a actividades ilícitas; por tanto, no pone en duda su legitimidad. En la expropiación, el objeto de discusión estriba en

la existencia de motivos de utilidad pública o interés social que justifican la apropiación, por ejemplo, para definir y formalizar asentamientos comunitarios, recuperación de bienes históricos y urbanismo o garantizar la paz y armonía social.

En estos casos, se trata de un acto que se opone a la voluntad del expropiado; y, por tanto, el monto a indemnizar lo fija el juez. Ciertamente, la legitimidad del bien explica la indemnización para el dueño.

En la extinción de dominio, por el contrario, el afectado no recibe contraprestación alguna justamente porque el bien carece de legitimidad, dado su origen o uso ilícitos. El afectado no cuenta con un justo título, solo un derecho aparente que, luego de comprobada su ilicitud, se declara su titularidad a favor del Estado sin indemnización.

A pesar de las notables diferencias entre ambas figuras, la expropiación es muy representativa de cómo la Constitución prioriza el bienestar general (valor expresado en el Preámbulo) y cómo el interés privado cede ante el interés público o social (Artículo 50). Y, si ese interés individual cede tratándose de bienes lícitos, con mayor razón, dicho interés debería menguar tratándose de patrimonio ilícito.

2. La Nulidad Absoluta de los Contratos

En la legislación civil panameña, todos los contratos (obligación dar, hacer o no hacer algo) deben estar acompañados de requisitos

esenciales para su validez, como el consentimiento de los contratantes, el objeto materia del contrato y la causa de la obligación (Artículo 1112). Para los efectos de este análisis, nos ocuparemos de estos dos últimos:

- El Objeto del contrato

El objeto del contrato es un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes (Diez Picazo y Gullón, p. 46). A su vez, dicho objeto debe ser necesariamente lícito.

Sobre el particular, el Código Civil panameño distingue entre “cosas” y “servicios” al decir que son objeto de contrato: a) todas las cosas que no estén fuera del comercio, y/o b) los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (Artículo 1122).

Respecto a las “cosas”, hay que tener presente que se consideran bienes, muebles o inmuebles, todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación. No pueden ser objeto de contrato las cosas que no pueden ser apropiadas, es decir, las ilícitas. Por mencionar algunos ejemplos, no pueden ser objeto de apropiación seres humanos, sustancias estupefacientes, armas de guerra o los bienes de uso público (descritos en el Artículo 258 Constitución).

En el caso de los “servicios”, estos tampoco deben ser contrarios a las leyes. Así, por ejemplo, no puede constituirse en objeto lícito de contrato el mandato para el sicariato, o el servicio de transporte de estupefacientes o el depósito de medicamentos falsificados.

- Causa del contrato

Para la doctrina, la causa es el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio, y que, por ejemplo, en la compraventa será el intercambio de una cosa por precio; en el arrendamiento, el intercambio de goce de cosa ajena a cambio de una merced; en la donación, el de enriquecer al donatario por ánimo de libertad (Diez Picazo y Gullón: 2016).

En la legislación civil de Panamá, en los contratos onerosos, la causa es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, es el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (Artículo 1125).

Para la existencia de la causa, esta siempre debe ser lícita o *bona fides* que, como principio general del derecho, significa que las partes se comportan con honradez, con conducta recta u honesta, aún en actos, contratos o procesos (Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2023). La doctrina civilista ha dicho de forma sostenida que “Todo compromiso ha de tener causa honesta” (Pothier, p. 32). Y no es honesto que las partes contraten bajo causa ilícita, es decir, cuando se oponen a las leyes o a la moral (Artículo 1126 del Código Civil).

La ilicitud de la causa puede apreciarse en el fenómeno del *testaferrato*, que recurre a distintas clases de contratos como vehículo para el blanqueo de capitales mediante la transformación o conversión de bienes y riqueza ilícita.

- Los efectos de la nulidad absoluta del contrato

Téngase en cuenta que la propiedad con objeto y causa lícita está protegida frente a leyes que pretendan desconocer derechos adquiridos. La licitud hace que el propietario ostente un justo título y siempre se encontrará a salvo de cualquier amenaza a su derecho adquirido y, por lo tanto, no operan leyes retroactivas en su perjuicio.

Pero, cuando estos elementos son ilícitos, surgen consecuencias patrimoniales. El Código Civil panameño sostiene que los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor (Artículo 5) y no producen efecto alguno (Artículo 1126) y que cuando el objeto y/o la causa es ilícita el contrato es nulo absolutamente (Artículo 1141).

Esta misma previsión la encontramos en el artículo 7 Código de Comercio al decir que: “

No tienen valor ni efecto los actos de comercio de cuya ejecución resulte ofensa al derecho público panameño o a los principios del orden público. Los que se celebren en contra de las leyes prohibitivas, serán nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa.” (subrayado nuestro).

La nulidad absoluta es *ab initio* (desde el inicio), tiene carácter insubsanable, de modo que, respecto a supuestos derechos entre las partes, estos nunca nacieron a la vida jurídica. Estos contratos no

crearon una situación jurídica consolidada ni válida y, por tanto, ninguno de los contratantes podría invocar la existencia de derecho adquirido alguno.

En el derecho romano, este tipo de nulidad era considerada *ipso iure*, de pleno derecho, considerándose el acto como si no hubiera existido, inexistente sin valor ante la ley, y con efectos retroactivos hasta el momento en que el hecho se formó, sin que pueda servir de justo título para adquirir derechos a base de prescripción (Petit: 1988).

Por ejemplo, si una donación tiene como causa, ya no la liberalidad del donante y su deseo de enriquecer al donatario, sino más bien ocultar riqueza ilícita, ese acto es nulo y por tanto no generó derechos adquiridos.

En el Código Civil, esta nulidad opera a través de reclamación judicial oficiosa o interpuesta por el Ministerio Público:

Artículo 1143. La nulidad absoluta puede y debe declararse por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede igualmente pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por la prescripción extraordinaria.

La legislación civil continúa diciendo que, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubieren sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta (Artículo 1156).

Es decir, la legislación civil va más allá de la simple recuperación de efectos o instrumentos del delito al incluir la cosa o el precio del contrato, aspectos patrimoniales que deben ser perseguidos por el Ministerio Público.

Este antecedente en el derecho civil, sin duda alguna, sienta las bases para la persecución del patrimonio ilícito aún en el pasado. Precisamente, porque un contrato celebrado, aún en época anterior a leyes de extinción de dominio, si tiene objeto o causa ilícita nunca generó derechos. Y es aquí donde interviene la figura de la retrospectividad según la cual, la ausencia de un justo título hace que el propietario solo lo sea de manera aparente porque se trata de un vicio absoluto e insubsanable en el tiempo.

Este mismo principio opera a favor de los bienes de dominio público (Artículo 258 de la Constitución). En reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, del 13 de mayo de 2021, declaró inconstitucional el artículo 2-A de la Ley 5 de 1988 que respecto al sistema de ejecución de obras públicas por concesión administrativa. En relación al procedimiento de desafectación, dijo que los bienes de dominio público del Estado son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

- La Retrospectividad e Imprescriptibilidad de la Extinción de Dominio en el derecho constitucional comparado

El International Centre for Asset Recovery del Instituto Basel para la Gobernanza (2021) ha recopilado un cúmulo de sentencias en materia de constitucionalidad respecto a la retrospectividad e imprescriptibilidad dictados por tribunales de justicia en El Salvador, Honduras y Guatemala a partir del entendimiento que la extinción de dominio declara la inexistencia de derechos, no importando su época de obtención.

Entre los fallos recopilados se encuentra la Sentencia de la Sala de lo Constitucional 146-2014/107-2017 de El Salvador, de fecha 28.05.2018, que señaló que...

...una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Es decir, la retroactividad exige que la situación jurídica de que se trate ya haya cumplido con las normas que prevén las condiciones necesarias para su surgimiento” “...la aplicación de la extinción de dominio es imprescriptible en cuanto a la adquisición ilícita, porque tiene efectos permanentes y la destinación implica un carácter continuado. En otras palabras, la transgresión a la legalidad perdura en el tiempo...

La sentencia 1739-2012 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dijo que al no existir un derecho consolidado que proteger, dado que la expectativa de un derecho que se ampara en actos ilegítimos no puede ser protegida, queda expedita la vía de la acción de extinción de dominio sobre bienes cuya adquisición derive de actos ilícitos, lo cual no implica que se esté aplicando el procedimiento de manera retroactiva.

La jurisprudencia de Honduras con sentencia RI-706-1110, indicó que si bien es cierto su carta magna contempla la irretroactividad de la ley, también lo es, que al hacer el juicio de contraste entre la norma constitucional y el cuestionado artículo de la Ley de Privación del Dominio de Bienes de Origen Ilícito, no se encuentra que contravenga la norma constitucional; y esto se estima así, dado el carácter objetivo y real de la acción de extinción de dominio que posibilita su aplicación con independencia del momento en que se adquirieron los bienes; acción que únicamente se llevara a cabo cuando concurren las causales de extinción de dominio.

En el caso de Perú, el Instituto Basel muestra un ejemplo de la aplicación retrospectiva de la acción de extinción de dominio. Este es el caso de la sentencia emitida por Tribunal Especializado de Transición sobre Extinción de Dominio, en diciembre de 2020, sobre una cuenta bancaria de más de 600 USD mil. El proceso conocido como “La Monja” se llevó a cabo contra Nelly Evans por delito de terrorismo, en el año 2016, aunque la creación de la cuenta y la transferencia de dinero, se remontan a la década de los años 80.

Si analizamos esta jurisprudencia en el derecho comparado, podemos hacer paralelismos entre la nulidad absoluta de contratos por ilicitud contenida en el Código Civil panameño y el régimen de extinción de dominio.

2. El Comiso Penal y el Decomiso sin Condena

Otro antecedente de la extinción de dominio se encuentra en el comiso penal.

Sobre el particular, el Código Penal panameño contiene dos formas de comiso: la primera, como sanción accesoria de una pena principal; y otra, más excepcional, como pena principal en forma de Comiso por extinción de la acción penal.

- Comiso como pena accesoria

El comiso es mayormente conocido como una pena accesoria, es decir, como consecuencia de la aplicación de la pena principal. Una vez declarada la responsabilidad penal sobre el acusado y cuando corresponde aplicar penas principales (por ej. la prisión, el arresto de fines de semana o días multa), adicionalmente, debe imponerse la pena de comiso sobre bienes utilizados o provenientes del delito. Esta aplicación tiene carácter obligatorio, aunque no esté prevista para el delito que se trate.

En ese sentido, según el artículo 75 del Código Penal: *“El comiso consiste en la adjudicación de los bienes, activos, valores e instrumentos*

utilizados o provenientes de la comisión del delito. Se excluyen los pertenecientes a terceros no responsables del hecho”.

Según la doctrina nacional, el comiso solo priva con carácter definitivo el bien de quien es su dueño, y no es un acto traslativo de derechos de la titularidad del bien (Alvarado Escala: 2021).

- Insuficiencia del Comiso Penal y el Decomiso sin condena en Panamá

El comiso tradicional enfrenta importantes limitaciones para su aplicación, razón que explica el surgimiento de alternativas para embargar y disponer de bienes procedentes del ilícito fuera del contexto del proceso penal.

Entre las insuficiencias del comiso, podemos mencionar, en primer lugar, que se circunscribe a bienes, activos, valores e instrumentos “utilizados” o “procedentes” del delito. Téngase en cuenta que la extinción de dominio contiene causales más amplias de aplicación, como, por ejemplo, la extinción sobre las ganancias de la riqueza ilícita, los bienes mezclados o los bienes equivalentes. Es decir, la extinción de dominio persigue el rastro del patrimonio ilícito más allá de las posibilidades que ofrece el comiso.

Por otro lado, el comiso contenido en el artículo 75 del Código Penal indica taxativamente que “Se excluyen los (bienes) pertenecientes a terceros no responsables del hecho.”

Téngase presente que comúnmente las organizaciones criminales colocan bienes a nombre de personas a quienes no es posible atribuirle delito alguno o para quienes el *ius puniendi* no tiene mayor interés por efecto del principio de derecho penal mínimo. Por ejemplo, estos grupos colocan bienes a nombre de inimputables, más específicamente, personas menores de edad quienes escapan de la acción penal ordinaria. También es posible que estas organizaciones, abusando de su posición de poder y aprovechando la condición de vulnerabilidad de adultos mayores, trabajadores domésticos o empleados de confianza los utilizan como prestanombres y que, bajo circunstancias muy especiales, pueden carecer de autodeterminación de acuerdo con su comprensión (Artículo 36 del Código Penal) y, por tanto, los procesos penales podrían resultar ilusorios.

Incluso, la aplicación de métodos alternos de terminación del proceso, como el acuerdo de pena, pueden interrumpir investigaciones patrimoniales en curso, teniendo como resultado que la averiguación patrimonial no pueda retomarse posteriormente por tener la condición de cosa juzgada.

El comiso tampoco puede aplicarse en caso de fuga del imputado/acusado, ya que el proceso penal no puede adelantarse en su ausencia (Artículo 93 núm. 12, Artículo 278 y Artículo 285 Código Procesal Penal).

Otras razones, mucho más pragmáticas, aconsejan implementar respuestas de política criminal más allá del comiso penal. Es común que las tradicionales técnicas de investigación criminal se ocupen del individuo más que sobre los bienes ilícitos debido a la necesidad apremian-

te de satisfacer los requerimientos del delito (establecer la conducta, típica, antijurídica y culpable) dentro de unos plazos perentorios por efectos de la protección de la libertad personal. Estas circunstancias de orden práctico conllevan usualmente a que la investigación penal trate a la investigación patrimonial como algo de carácter secundario, meramente residual y de ahí la necesidad de su emancipación.

Las carencias de la típica respuesta penal y la evidente impunidad patrimonial han movilizad a la comunidad internacional para adoptar otras formas de persecución patrimonial que permitan el decomiso sin condena penal.

La no prejudicialidad o decomiso sin condena penal se ha incorporado a instrumentos internacionales adoptados por la República de Panamá. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Panamá mediante Ley 15 de 2005, en su Artículo 54.1.c) establece que cada Estado considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

Al mismo tiempo, la Recomendación Núm. 4 de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) nos dice que:

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o ins-

trumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales. (subrayado nuestro).

En líneas siguientes veremos cómo este nuevo enfoque ha sido incorporado al derecho nacional.

- El Comiso por extinción de la acción penal

El Código Penal contempla el denominado Comiso por extinción de acción penal que, por su naturaleza, no exige una sentencia condenatoria previa. Este comiso estuvo consagrado en el artículo 101 del anterior Código Penal, y hoy día está previsto en el artículo 121 del Código Procesal Penal-

Según el actual artículo 121 Código Procesal Penal sobre Comiso y responsabilidad civil *“La extinción de la acción penal no impide el comiso de los instrumentos con que se cometió el hecho punible y de los efectos que de él provengan ni la responsabilidad civil derivada de él”*.

Recordemos que la extinción de la acción penal se produce por muerte del imputado (requiere la imputación previa), desistimiento, prescripción y cumplimiento de la mediación o conciliación (Artí-

culo 115 del Código Procesal Penal). Es decir, es posible comisar los instrumentos del delito sin que preexista sentencia condenatoria.

Este es un importante antecedente de la extinción de dominio en Panamá porque separa las consecuencias patrimoniales del delito de la declaratoria previa de la responsabilidad penal. Además, como también acontece en la extinción de dominio, la discusión procesal se enfoca en los elementos objetivos del delito (no en los subjetivos, como el dolo del agente).

Este tipo de comiso fue objeto de acción de inconstitucionalidad durante la vigencia del Código Penal anterior. En aquella época, los demandantes manifestaron que esta figura equivale a la confiscación, prohibida a nivel constitucional, y violaba el debido proceso, el derecho constitucional a la propiedad y la presunción de inocencia. Coincidentemente, hoy día, la oposición al régimen de extinción de dominio le atribuye estos mismos cargos.

La precitada demanda de inconstitucionalidad fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de Panamá mediante fallo del 22 de septiembre de 2000, con José A. Troyano como magistrado ponente, en los siguientes términos:

- Respecto a que este comiso viola la **prohibición de la confiscación**, la Corte Suprema de Justicia señaló que la figura del “comiso” establecida en el (entonces) artículo 101 del Código Penal, es diferente a la de la “confiscación”, contenida en el artículo 30 de la Carta

Fundamental, porque en la confiscación el Estado se apropia de los bienes del condenado, aun cuando estos nada tengan que ver con la naturaleza del delito cometido y aunque no hayan sido utilizados en la comisión del ilícito; mientras que el comiso es una pena accesoria consistente en la pérdida y adjudicación al Estado de los instrumentos con los que hubiese cometido el hecho punible (*instrumenta sceleris*) y de los efectos que provengan de este (*producta sceleris*) y, por pura lógica jurídica, este tipo de comiso es una pena principal de carácter patrimonial “...*sin necesidad de la demostración de la responsabilidad penal del presunto infractor ni la necesidad de la existencia de una pena personal en su contra, de manera que en este sentido no sería jurídico afirmar que se produce violación a la Constitución por el hecho de que los bienes sean decomisados sin que exista otra pena a la cual acceda o porque no se haya determinado la responsabilidad penal del inculpado, como sostienen los demandantes*”.

- Respecto a la supuesta violación del **debido proceso legal** porque el comiso es prácticamente una confiscación de bienes que prohíbe la Constitución Nacional y que se decreta sin que se hayan investigado todos los bienes en un proceso legal en que determine la responsabilidad penal de la persona investigada, ni se haya probado ni sancionado y que por otro lado se le confisquen otros bienes que no figuraron dentro de la referida investiga-

ción penal, la Corte expresó que la figura del comiso y de la confiscación de bienes, son dos figuras distintas; *“en consecuencia, el comiso, ya sea como pena principal o accesoria, no es prohibido por la Constitución Nacional.”*

- Respecto a la supuesta violación del **derecho a la propiedad privada**, la Corte Suprema sostuvo que *“No comparte la Corte el criterio de la demandante, toda vez que no puede considerarse lesionado el derecho de propiedad de una persona que utilizó el bien para la comisión de un delito, porque esa propiedad estaría sirviendo para un uso perjudicial para la sociedad y para el Estado, lo que justifica su comiso pues por otro lado no se puede perder de vista que al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 Constitucional, “La propiedad privada implica obligación para su dueño por razón de la función social que debe llenar”.*
- Respecto a la supuesta violación del **principio de inocencia**, al disponer la condena de comiso sobre determinados bienes, sin que se haya surtido un proceso que contenga todas las garantías legales y constitucionales vigentes, y sin que medie sentencia condenatoria en firme, que determine qué bienes provienen o no de la comisión del delito, la Corte Suprema expresó que: *“No coincide el criterio del Pleno con el del demandante, porque el principio de presunción de inocencia contenido en la norma constitucional bajo análisis es de naturaleza personal, es decir, que se refiere a la relación procesal de la persona del imputado*

respecto a la comisión de los hechos que constituyen delito en las sumarias, y no de sus bienes”. Es decir, al igual que la extinción de dominio, este tipo de comiso recae sobre los bienes (in rem) y no es una pena personal.

La importancia de este precedente es que, al considerar conforme a la Constitución el comiso por extinción de la acción penal, por analogía, algunos de estos mismos argumentos podrían exportarse para validar la constitucionalidad de la extinción de dominio.

3. Proceso Sumarísimo de Decisión Anticipada

El comiso sin condena ha seguido evolucionando en la legislación panameña.

En efecto, la Ley 34 de 2010, que modifica la Ley 23 de 1986, sobre delitos relacionados con drogas, instituye un proceso para la decisión anticipada de la situación jurídica de los bienes aprehendidos. En este proceso, el fiscal podrá interponer el proceso de Decisión Anticipada por flagrantes delitos por hechos relacionados con blanqueo de capitales, terrorismo, delitos relacionados con drogas, narcotráfico y delitos conexos. La decisión puede recaer sobre bienes aprehendidos, a saber, derechos reales, principales o accesorios, con valor superior a B/10,000. La sentencia declarará la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, segregaciones, gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o uso del bien, sin contraprestación ni compensación de ninguna naturaleza para su titular, y ordenará su traspaso a favor del Estado.

Esta legislación fue aprobada con posterioridad a la adopción del modelo acusatorio, pero antes que hubiera iniciado su implementación. Recuérdese que el modelo acusatorio fue aprobado mediante Ley 63 de 2008 y su implementación se inició en el año 2011 en el II Distrito Judicial (provincias de Coclé y Veraguas). Es decir, el proceso de Decisión Anticipada no está derogado.

Hay que destacar que la legislación en comento tuvo como propósito resolver la situación jurídica de bienes incautados a través de un mecanismo alterno más expedito que el comiso penal, y tiene el mérito de ser pionera en alguno de sus aspectos al proclamar su autonomía e independencia respecto al proceso penal, eximir la necesidad de sentencia penal previa, y menciona por primera vez la “extinción” de derechos como consecuencia del delito.

A pesar de estos avances, dicha ley posee algunas características que la distinguen de la extinción de dominio, principalmente porque el proceso de Decisión Anticipada no es completamente autónomo del proceso penal.

Si bien el artículo 6 de la Ley 34 define la acción para la Decisión Anticipada sobre bienes aprehendidos como “autónoma e independiente de cualquiera otra de naturaleza penal”, reafirmado en el propio artículo 6 al decir que dicha acción no depende de la existencia de sentencia previa (aunque reconoce que la sentencia condenatoria puede aducirse como prueba), continúa teniendo vínculos importantes con el proceso penal.

El propio artículo 6 de dicha ley establece que la interposición de este proceso sumarísimo se hará desde el inicio de la investigación. Es decir, debe preexistir una investigación penal sobre delitos de blanqueo y drogas.

Y, por otro lado, el artículo 5 de la Ley 34 titula a este proceso como “proceso sumarísimo de decisión anticipada de la situación jurídica de los bienes aprehendidos provisionalmente”, de modo tal que los bienes en cuestión se aprehenden previamente dentro de un proceso penal y no en el proceso sumarísimo de decisión anticipada.

Estas matizaciones ubican al proceso de Decisión Anticipada como una de las formas del decomiso sin condena, pero sin alcanzar los estándares de una extinción de dominio. Aunque, es un avance significativo para desligar la situación jurídica patrimonial del proceso penal.

4. La Carga Dinámica de la prueba

En cuanto a las responsabilidades probatorias, en especial, la carga de la prueba, tengamos presente que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, también conocida como la “Convención de Viena”, fue aprobada por la República de Panamá mediante Ley 20 de 1993. En su artículo 5, párrafo 7, introdujo la llamada inversión de la carga de la prueba:

7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen

lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos.

Poco tiempo después, Panamá aprobó la Ley 13 de 1994, que adiciona el artículo 24-A a la Ley No. 23 de 30 de diciembre de 1986. Esta legislación adoptó la regla de inversión de la carga de la prueba en determinados procesos penales:

Artículo 24-A: Le corresponderá al imputado por la comisión de los delitos de narcotráfico y delitos conexos demostrar que los bienes que le han sido aprehendidos provisionalmente provienen de actividades lícitas y que no son productos de la comisión del delito ni han sido utilizados en su ejecución (subrayado nuestro).

Esta disposición fue demandada como inconstitucional bajo el argumento que violentaba el **principio de presunción de inocencia**, ya que se le impone al ciudadano imputado de la comisión de delito de narcotráfico y delitos conexos, que demuestre su inocencia, cuando aún no se le ha vencido o probado su culpabilidad en juicio público. Manifestó el demandante que el imputado de estos delitos, igualmente tiene derecho a que se presuma que tanto los valores, dineros y bienes que se le aprehendan en forma provisional, son legales o lo que es igual, lícitos y que no provienen de transac-

ciones ilegales o sean provenientes del injusto, razón por la cual la norma legal vulnera el artículo 22 constitucional, puesto que nadie es culpable hasta que se le demuestre lo contrario, previo el cumplimiento de las garantías a las cuales tiene derecho todo imputado.

Esta controversia fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 6 de octubre de 1998, bajo la ponencia del magistrado José A. Troyano, declarando que no era inconstitucional el referido artículo 24-A. En su parte motiva, el fallo de constitucionalidad sostuvo lo siguiente:

Retornando al tema de la carga de la prueba, que para garantizar el principio de presunción de inocencia debe recaer en el Estado (Ministerio Público), es importante recalcar que al igual que el tema del derecho a la intimidad, el principio que ahora nos ocupa está dejando de ser un principio absoluto en materia probatoria precisamente por la responsabilidad del Estado de enfrentar el narcotráfico...

Es pues, este compromiso internacional, entre otros fundamentos, lo que origina la adición del artículo 24 A a la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986 que invierte la carga de la prueba, sin que ello implique, violación a la presunción de inocencia, aunque sí excepción al mismo en casos especiales y bajo los parámetros que señala la Ley, situación

esta que ha sido aceptada a nivel internacional como ocurre con la Convención de Viena...

...el artículo 24-A atacado brinda al imputado la oportunidad del contradictorio, de aportar pruebas y de hacerse oír dentro del proceso, a fin de desvirtuar las pruebas circunstanciales que motivaron la aprehensión de bienes que no fueron empleados ni derivados de la comisión de delitos de narcotráfico, como lo permite el artículo 22 de la Ley 23 de 1986 posterior a su modificación.

Téngase presente que esta normativa fue el precedente de la Ley 59 de 1999 sobre enriquecimiento injustificado y cuyo artículo 8 estableció que la persona denunciada deberá presentar las pruebas que justifiquen el origen y procedencia de los bienes que posea y que superen los declarados o superen sus posibilidades económicas.

Posteriormente, con la aprobación del Código Procesal Penal se derogó la legislación previa en la materia. Si bien la nueva normativa se fundamenta en principios acusatorios y que, como regla general, la carga de la prueba corresponde al Fiscal (Artículo 72 CPP), al mismo tiempo introdujo la excepción de la inversión de la carga de la prueba para efectos del levantamiento de medidas cautelares reales.

En ese sentido, el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal recogió el mismo contenido del artículo 24-A de la Ley 23 al decir:

Artículo 257 Código Procesal Penal. Carga de la prueba en materia de bienes. Los imputados por los delitos de blanqueo de capitales, corrupción de servidores públicos, enriquecimiento injustificado, terrorismo y narcotráfico deberán demostrar la procedencia lícita de los bienes aprehendidos para solicitar el levantamiento de la medida.” (subrayado nuestro).

Hasta ese momento la legislación se refería a que al afectado “le corresponderá o deberá demostrar” la procedencia ilícita. No obstante, después la ley ha suavizado su lenguaje respecto a la responsabilidad probatoria. Así, por ejemplo, en el proceso de Decisión Anticipada de Bienes Aprehendidos, aprobado por la Ley 34 de 2010, se nota la preferencia por el modelo de la Carga Dinámica de la Prueba, al decir expresamente su artículo 7.4 que los afectados podrán aducir las pruebas que estimen pertinentes y explicar el origen lícito de sus bienes.

En la carga dinámica de la prueba “el que tiene mejor posición de probar tiene que hacerlo” (Rojas Cruz: 2021). Es decir, el Estado no renuncia a su obligación probatoria, no traslada automáticamente la carga de la prueba al afectado, el Estado no asume un rol pasivo frente a su deber de averiguación. En su lugar, entiende que la parte con mejor condición de probar un hecho debe contribuir a su probanza, ya sea el Ministerio Público o el afectado. Y, reconoce que, en ocasiones, será el propio afectado quien pueda brindar mejores explicaciones sobre el origen o naturaleza de sus bienes,

dando amplias oportunidades procesales para hacer las aclaraciones respectivas. Vale destacar que, en el ámbito del derecho comparado, en materia de extinción de dominio, la carga dinámica de la prueba ha ido desplazando al concepto de inversión de la carga de la prueba.

Se puede inferir que, si ya la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la inversión de la carga de la prueba, estándares mucho más flexibles consignados en la ley, como la carga dinámica de la prueba, deberían aprobar el test de constitucionalidad.

5. La jurisdicción de cuentas

La Jurisdicción de Cuentas fue introducida con las reformas constitucionales de 2004 y desarrollada mediante Ley 67 de 2008, reformada por Ley 81 de 2013. Fue instituida para investigar y juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de las supuestas irregularidades, contenidas en los reparos formulados por la Contraloría General de la República a las cuentas de los empleados y los agentes en el manejo de los fondos y los bienes públicos.

Esta legislación considera empleado de manejo a todo servidor público, mientras que agente de manejo es toda persona natural o jurídica, que para ambos casos: reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice, pague o fiscalice fondos o bienes públicos.

Esta jurisdicción tiene autonomía e independencia funcional, respecto al ámbito penal, ya que su artículo 4 de la Ley 67 de 2008 proclama que *”La responsabilidad patrimonial por los actos establecidos en la presente Ley es independiente de la responsabilidad administrativa, penal o disciplinaria que estos conlleven”*.

El proceso de la jurisdicción de cuentas recae sobre personas, dado que el Tribunal de Cuentas decide la causa a través de una Resolución de Cargos, cuando implique la condena o declaratoria de la responsabilidad patrimonial del involucrado o de los involucrados y determina lesión patrimonial. Asimismo, denomina Resolución de Descargos cuando implique la absolución o inexistencia de la responsabilidad de los involucrados.

En cuanto al ámbito de aplicación de medidas cautelares patrimoniales, éstas pueden aplicarse...

Sobre los bienes respecto de los cuales a pesar de que no figuren como parte del patrimonio del investigado o procesado, existan indicios de los cuales se deduzca que provienen de manera directa o indirecta de bienes, fondos o valores sustraídos indebidamente del patrimonio del Estado.” (subrayado nuestro).

No queda claro si la responsabilidad alcanza, como en la extinción de dominio, las ganancias obtenidas, o la mezcla o bienes equivalentes.

En cuanto a la cuantía de la condena, según el artículo 75 de la Ley 67, no será nunca inferior al daño o al menoscabo que haya recibido el Estado en su patrimonio y se incrementará con un interés mensual no mayor del uno por ciento (1%), que se calculará desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

6. El congelamiento preventivo

La Ley 23 de 27 de abril de 2015 que adopta medidas para prevenir el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, introduce el llamado congelamiento preventivo.

Según su artículo 49 y siguientes, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de conformidad con lo establecido en las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, números SR/RES/1267, SR/RES/1988, SR/RES/1373, S/RES/1718, S/RES/1737 y todas las sucesoras, u otras resoluciones que se emitan sobre esta materia, a fin de prevenir el uso de sus productos y servicios para la comisión de actos de terrorismo, su financiamiento, así como el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, designa personas como terroristas en listas que el Gobierno de Panamá (vía Ministerio de Relaciones Exteriores y a su vez Unidad de Análisis Financiero) distribuyen a los sujetos obligados para que congelen preventivamente sus fondos, bienes o activos.

Una vez que un sujeto obligado financiero practique la medida, la comunica a la Unidad de Análisis Financiero y esta a su vez al

Ministerio Público para someterla a control posterior ante la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia para constatar la coincidencia entre la lista de personas designadas como terroristas y la persona natural o jurídica cuyos bienes hayan sido congelados. Para levantar las medidas, la persona natural o jurídica debe ser excluida previamente de las referidas listas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Como se puede apreciar, el congelamiento preventivo se produce fuera del contexto de un proceso penal y sin una previa sentencia. A pesar de que esta figura tiene un carácter cautelar, para los propósitos de nuestro análisis destaca que el cese de la medida no está condicionado al resultado (absolutorio) de un hipotético proceso penal, ni siquiera que este resultado se produzca dentro del Estado requerido, ya que dicho cese dependerá exclusivamente de la decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El congelamiento preventivo es una figura que puede incluirse en el conjunto de medidas de embargo y/o decomiso sin condena vigentes en Panamá porque separa su aplicación y sus efectos del resultado de los procesos penales.

VI. Conclusiones

- La extinción de dominio revela el esfuerzo de la comunidad internacional por combatir el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional desde una óptica

diferente a la penal. La clásica respuesta jurídico-penal ha quedado obsoleta ante la criminalidad del siglo XXI. Estas nuevas iniciativas están acorralando los flujos ilícitos procedentes de actividades que hoy día no conocen fronteras. Panamá es una pieza clave para completar el cerco, dada su importancia en el contexto del comercio mundial y como destino atractivo de inversiones. A la vez, en este momento se presenta como uno de los pocos en la región, cuya legislación no ha evolucionado hacia la extinción de dominio.

- La extinción de dominio tiene fundamento constitucional porque protege la propiedad lícitamente adquirida y aquella destinada a fines lícitos. La función social de la propiedad privada, por efecto del constitucionalismo social, explica restricciones, especialmente, cuando tenga vínculos con lo ilícito.
- Algunos aspectos de la extinción de dominio ya están presentes en el ordenamiento jurídico panameño desde principios de la era republicana, incluso con arraigo en el derecho romano. La nulidad absoluta de los contratos ilícitos, con la consecuente intemporalidad de la acción, dado que el vicio es insubsanable en el tiempo, es un ejemplo muy representativo. Hemos comprobado que, en el derecho y jurisprudencia comparada, la extinción de dominio se ha apropiado de esta misma fórmula civil para incorporarla dentro de sus pilares fundamentales.

- Si bien algunos aspectos de la extinción de dominio preexisten en el ordenamiento jurídico, es innegable que este nuevo instituto provee herramientas de política criminal que llenan vacíos importantes de las figuras jurídicas vigentes. Así, por ejemplo, la extinción de dominio amplía el ámbito de aplicación de la persecución criminal, reconociendo causales o presupuestos para extinguir derechos aparentes que escapan a las posibilidades del comiso tradicional. También sistematiza las características y efectos de la extinción de dominio en un solo cuerpo jurídico y crea un conjunto de instituciones y procedimientos especializados dirigidos a tratar el asunto de la persecución de bienes ilícitos con la relevancia que el fenómeno de la impunidad patrimonial demanda y que, en el proceso penal es visto solo de forma residual.
- En los últimos años, el derecho panameño ha mostrado una clara tendencia hacia la separación de la persecución patrimonial del proceso penal. La sentencia penal condenatoria ha dejado de ser requisito para la búsqueda del patrimonio ilícito. El comiso por extinción de la acción penal, el proceso de Decisión Anticipada de Bienes Aprehendidos, la Jurisdicción de Cuentas y el Congelamiento Preventivo son herramientas adicionales y modernas en la lucha contra los patrimonios ilícitos y que se despliegan en escenarios muy distintos al típico proceso penal.
- La extinción de dominio ha sido uno de los objetos de estudio más interesantes del reciente derecho constitucio-

nal. Algunos de los asuntos más controversiales han sido abordados por la jurisprudencia constitucional de la región para lo cual, el presente trabajo comparte fallos en materia de constitucionalidad de El Salvador, Honduras, Guatemala, Colombia, Perú y Bolivia.

- Al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha respondido a cuestionamientos sobre la constitucionalidad de formas de decomiso sin condena, por supuestas violaciones a derechos constitucionales como la prohibición de la confiscación, el principio de presunción de inocencia o el derecho a la propiedad privada. Y, como ya mencionamos, estos mismos argumentos podrían contribuir a disipar dudas y fundamentar la constitucionalidad del régimen de extinción de dominio.

Referencias

Alvarado Escala, J. 2021. El Comiso en Panamá. Editorial Cultural Portobelo. Panamá.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tesouro. Consultado en 2023. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesouro/tr1938.htm>

Diez Picazo, L. y Gullón A. 2016. Sistema de Derecho Civil. Editorial Tecnos. Madrid.

International Centre for Asset Recovery del Instituto Basel para la Gobernanza. 2021. Retrospectividad e Imprescriptibilidad en la Extinción de Dominio. Suiza.

Martínez, W (coordinador). 2015. La Extinción del Derecho de Dominio en Colombia. ICITAP/UNODC. Bogotá.

Petit, E. 1988. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México.

Pothier, R. 1993. Tratado de las Obligaciones. Heliasta. Buenos Aires.

Rojas Cruz, J. 2021. El estándar probatorio en Extinción de Dominio en Revista especializada en el Derecho de Extinción de Dominio. Grupo de Estudio de Magistrados Peruanos de Extinción de Dominio. Lima.

Santander, G. 2017. La Emancipación del Comiso del Proceso Penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado. Organización de Estados Americanos. Washington.

Santander, G. 2018. Naturaleza Jurídica de la Extinción de Dominio: Fundamento de las Causales Extintivas. Universidad Santo Tomás. Bogotá.